

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

BENIOUDAKI ANNA

le 26 JUIN

LE DROIT DE LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE HANDICAP ET L'ÉTAT DE SANTÉ ET SA CONTRIBUTION À LA LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION MULTIPLE

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

Unité de recherche : **CDA (EA 780)**

Directrice de thèse : Mme AUBERT-MONPEYSSSEN Thérèse, Professeur associé, Université
Toulouse 1 Capitole

Mme DELIYIANI- DIMITRAKOU Christina, Professeur, Université de Thessalonique Aristote

JURY

Rapporteurs M. MINE Michel, Professeur associé, LISE - CNAM

Suffragants M. PETIT Franck, Professeur, Université d'Avignon
M. STERGIOU Agelos, Professeur, Université de Thessalonique Aristote
Mme KAMTSIDOU Ifigenia, Professeur agrégé, Université de Thessalonique
Aristote
Mme AUBERT-MONPEYSSSEN Thérèse, Professeur associé, Université Toulouse 1
Capitole
Mme DELIYIANI- DIMITRAKOU Christina, Professeur, Université de Thessalonique
Aristote

THESE DE DOCTORANT

SPECIALITE : DROIT

*Ecole Doctorale Sciences Juridiques et Politiques de l'Université
Toulouse 1- Capitole*

Présentée par: ANNA BENIOUDAKI

**Sujet : LE DROIT DE LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE
HANDICAP ET L'ÉTAT DE SANTÉ ET SA CONTRIBUTION À LA
LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION MULTIPLE**

.....

Soutenue le 26 Juin 2017 devant les membres du jury:

Mme THÉRÈSE AUBERT-MONPEYSEN

Mme CHRISTINA DELIYIANI- DIMITRAKOU

M. PETIT FRANCK

M. AGELOS STERGIOU

Mme IFIGENIA KAMTSIDOU

M. MICHEL MINÉ

Directrices de thèse :

Mme THÉRÈSE AUBERT-MONPEYSEN

Mme CHRISTINA DELIYIANI- DIMITRAKOU

La science consiste à passer d'un étonnement à un autre.

Aristote

Remerciements

J'aimerais tout d'abord remercier mes directrices de thèse, Mme Thérèse AUBERT-MONPEYSEN et Mme CHRISTINA DELIYIANI-DIMITRAKOU pour m'avoir motivé à faire ma recherche sur ce sujet et pour toute de leur aide pendant la réalisation de ce travail. Elles m'ont soutenue avec leurs conseils au cours de l'élaboration de cette thèse en me permettant de clarifier ma pensée parfois embrouillée. Je suis ravi d'avoir travaillé en leur direction.

J'exprime tous mes remerciements à l'ensemble des membres de mon jury : Mme Thérèse AUBERT-MONPEYSEN, Mme CHRISTINA DELIYIANI-DIMITRAKOU, M. PETIT FRANCK, M. AGELOS STERGIOU, Mme IFIGENIA KAMTSIDOU, M. MICHEL MINE.

Mention spéciale à M. MICHEL MINE qui m'a fait l'honneur d'être rapporteur de ma thèse, il a pris le temps de m'écouter et de discuter avec moi. Ses remarques m'ont permis d'envisager mon travail sous un autre angle. Pour tout cela je lui remercie.

Mes derniers remerciements vont à mes parents, mes frères et mes amis qui m'ont soutenu jusqu'au bout et aussi à ceux qui m'ont soutenue pendant mes périodes de doutes avec leurs multiples encouragements répétés.

Résumé

La question des discriminations au travail est aujourd'hui une matière complexe et vivante qui conduit à s'interroger sur l'adéquation des droits spécifiquement consacrés par la législation du travail à la situation vécue par les salariés. La doctrine et la jurisprudence, sur cette question ne cessent d'évoluer. Les points d'interrogation sont nombreux. Qu'est-ce qu'être tenus pour égaux ? Sous quelles conditions juge-t-on que des personnes sont placées dans des situations égales ? Leurs situations doivent être véritablement identiques ? Les mesures d'application générale sont-elles suffisantes afin de répondre aux inégalités ou doit-on prendre en compte la situation individuelle des personnes ? Et si l'on suggère que c'est précisément cette approche individuelle ou réadaptive, le nouveau moteur de la lutte contre les discriminations dont les effets sont à apprécier tant au plan national qu'eupéen et international, ne doit-on pas se méfier, voyant qu'elle vient souligner les processus de ségrégation plutôt que les éradiquer ? Voici des questions dont la réponse résultera indirectement de cette étude.

Dans la première partie de cette étude, nous avons examiné le handicap et la santé comme motifs de discrimination interdits. Ainsi, tout d'abord, nous sommes arrivés à l'analyse de la construction sociale du handicap qui, contrairement au modèle médical, déplace le problème loin de la personne et le resitue dans les processus sociaux liés à la diversité des hommes. Nous avons examiné l'obligation législative des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées et son application par la jurisprudence, les actions positives et leur rôle contre la discrimination sur le handicap ainsi que la justification des différences de traitement fondées sur le handicap. Nous avons étudié la Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées qui est devenue le noyau central de la législation et de la politique européenne sur le handicap en soulignant ses nouveautés.

En outre, au-delà de la notion de « handicap », nous nous sommes posé la question de savoir si la maladie et l'inaptitude sont en mesure de justifier un licenciement ou si elles constituent causes de discrimination. Il ne semble pas que le législateur européen souhaite de les inclure parmi les raisons interdites de discrimination. En étudiant la législation de protection contre la discrimination fondée sur le handicap nous avons vu qu'elle a apporté des solutions là où la protection contre la discrimination fondée sur l'état de santé n'est pas règlementée.

Ensuite, dans la deuxième partie, nous avons examiné la discrimination multiple et nous avons relevé l'inefficacité de la législation européenne et, par conséquence, de la plupart des législations des États membres de l'Union européenne dans la lutte contre elle. Nous avons noté que c'est le système législatif de catégorisation lui-même qu'il convient de contester car il est totalement inadéquat et ne permet pas de reconnaître le sens réel de l'identité des personnes ni, par conséquent, la discrimination fondée sur plus d'un motif qui interagissent entre eux de sorte qu'ils sont complètement indissociables.

Sur ce point, nous sommes arrivées à la conclusion que le régime de protection contre la discrimination fondée sur le handicap peut également conduire à des solutions portant sur la reconnaissance de la discrimination multiple et la protection contre celle-ci, grâce à l'approche individuelle et à l'évaluation du contexte qu'il exige.

Enfin, cette étude vise à encourager l'introduction du concept de « *discrimination multiple* » dans la législation, tant de l'Union que des États membres. Cela donnerait une nouvelle impulsion à la lutte contre les discriminations et permettrait de combler le vide législatif existant.

“Le tout est plus que la somme de ses parties”
Aristote

LE DROIT DE LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE HANDICAP ET L'ÉTAT DE SANTÉ ET SA CONTRIBUTION À LA LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION MULTIPLE

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION14

Section 1 : But de la recherche 14

Section 2 : La notion de discrimination en droit du travail..... 16

Section 3 : La discrimination et l'égalité sont-elles les deux faces de la même médaille ou bien constituent-elles deux genres de règles distinctes ? 19

A. L'évolution des notions de l'égalité et de la discrimination au sein des idéologies politiques.22

B. L'évolution des notions de l'égalité et de la discrimination dans la langue courante et juridique.....23

C. La contribution du droit de l'Union européenne à la fusion de ces deux concepts.....27

D. L'égalité formelle.....29

E. L'égalité réelle ou concrète.....31

a. L'égalité des chances32

b. L'égalité des résultats.....33

c. L'égalité en tant qu'expression de la dignité humaine34

F. Les objectifs de l'égalité concrète.....36

a. L'élimination des désavantages37

b. La réponse à la demande de reconnaissance38

c. L'adaptation à la diversité à travers les changements et les adaptations structurelles38

d. La participation à la vie sociale et politique.....40

G. Les formes de discrimination du point de vue des différents aspects de l'égalité.....41

a. La discrimination directe.....41

b. La discrimination indirecte.....43

c. Le harcèlement et le harcèlement sexuel.....47

d. Les mesures positives ou la discrimination positive51

e. La discrimination systémique.....52

f. La discrimination multiple ou multicritère.....53

Section 4 : L'apparition et l'évolution du droit de la non-discrimination au niveau international et européen53

A. Le début aux États-Unis.....53

B. La question de non-discrimination et d'égalité au Canada.....59

C. Le développement du droit international contre la discrimination64

D. Le développement d'une politique européenne de protection contre la discrimination74

Section 5 : Plan de la thèse86

PREMIÈRE PARTIE : La discrimination fondée sur le handicap et l'état de santé au sein des relations du travail87

Introduction87

Chapitre I : Le cadre juridique de la protection contre la discrimination fondée sur le handicap.88

Section 1: L'évolution du droit sur la protection des droits des personnes handicapées et la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 200688

Section 2 : Définition95

A. Les origines du concept de handicap95

B. L'actualité du concept, la construction sociale du handicap.....98

C. La définition du handicap aux États-Unis.....105

D. La définition du handicap par la Convention relative aux droits des personnes handicapées106

E. L'absence de la définition du handicap au sein de l'Union européenne
108

F. La définition du handicap par la Cour de justice de l'Union européenne.
108

a. L'affaire Chacon Navas109

b. La lutte contre la discrimination par association - l'affaire Coleman....111

c. L'affaire HK Danmark contre Dansk almennyttigt Boligselskab (n° C-335/1)
et HK Danmark contre Dansk Arbejdsgiverforening (n° C-337/11)112

d. L'état d'obésité d'un travailleur peut constituer un «handicap. » Affaire
C-354/13, **Fagot Arbejde (FOA)**, agissant pour Karsten Kaltoft, contre
Kommunernes Landsforening (KL), agissant pour la Billund Kommune.116

F. La définition du handicap par la Cour européenne des droits de l'homme du
Conseil de l'Europe.....118

G. La question de la définition dans les législations des États membres.....121

a. L'absence de définition du handicap dans les lois antidiscriminatoires
nationales.121

b. Une définition du handicap élaborée par les législations nationales
antidiscriminatoires au sein de l'Europe.....123

c. Une définition du concept de handicap empruntée à la législation des
prestations et de la sécurité sociale125

d. Deux définitions du handicap, l'une générale et l'autre plus restreinte,
relatives aux aménagements raisonnables, présentées dans les législations
nationales antidiscriminatoires des États membres de l'Union européenne
.....127

Section 2 : La classification du handicap.....131

A. La Classification internationale du Fonctionnement, du handicap et de la
santé (CIF)131

B. La Classification française par la Commission des Droits et de l'Autonomie des Personnes Handicapées CDAPH	132
C. Autres classifications.....	133
Remarques de conclusion sur la catégorisation des travailleurs handicapés .	134
Section 3 : Le handicap psychique et le handicap mental	135
Section 4 : La « discrimination positive » fondée sur le handicap	138
Remarques préliminaires	138
A. La définition de la « discrimination positive » et son rôle dans la lutte contre la discrimination.....	139
B. Les actions positives et surtout le quota d'emploi en faveur des personnes handicapées	145
C. L'obligation de quota produit-elle les résultats escomptés ?	150
D. L'accentuation de la discrimination fondée sur le handicap par sa compensation juridique.....	153
E. La distinction entre discrimination positive et aménagements raisonnables	155
Section 5 : Les aménagements raisonnables.....	157
Remarques préliminaires	157
A. L'obligation de créer des aménagements raisonnables par la Convention Internationale relative aux droits des personnes handicapées.....	160
B. L'obligation de créer des aménagements raisonnables visée à l'article 5 de la directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi.....	162
C. Que signifie le terme « aménagement » ?	163
D. Que signifie l'expression « aménagement raisonnable » ?	164
E. Les aménagements « raisonnables » sont ceux qui n'entraînent ni difficultés ni coûts excessifs pour l'employeur	165
F. Les aménagements « raisonnables » sont ceux qui répondent réellement aux besoins spécifiques d'une personne handicapée	171
G. Les aménagements « raisonnables » sont ceux qui n'entraînent pas de difficultés ni de coûts excessifs pour l'employeur et permettent de répondre aux besoins d'une personne handicapée	173
H. La signification de l'expression « charge disproportionnée »	176
I. Les aménagements raisonnables et la discrimination par association .	179
J. Les aménagements raisonnables au service des besoins des personnes handicapées psychiques et mentales	181
K. Remarques de conclusion sur les aménagements raisonnables	182
Section 6 : Justification des différences de traitement fondées sur le handicap	183
Remarques préliminaires	183
A. La directive et la jurisprudence européenne	183

B. Les dispositions du Code français du travail sur la justification de la discrimination	187
Remarques de conclusion sur la justification.....	192
Section 7: Questions soulevées par le régime de protection contre la discrimination fondée sur le handicap	193
A. Logique identitaire et culture du handicap.....	193
B. La conception de la diversité et le handicap	194
C. L'hétérogénéité des populations handicapées	195
Conclusion	197
Chapitre II : L'état de santé constitue-t-il un motif de discrimination interdit ?	198
Introduction.....	198
Section 1 : Le régime juridique européen et international de la protection contre la discrimination fondée sur l'état de santé.....	199
A. La directive européenne et son interprétation par la Cour de Justice de l'Union européenne en ce qui concerne le motif de l'état de santé	199
B. La Convention européenne des droits de l'homme et son interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'état de santé : L'interdiction de la discrimination fondée sur le SIDA/VIH comme discrimination fondée sur l'état de santé ..	203
C. L'OIT interdit la discrimination fondée sur l'absence temporaire en raison d'une maladie.....	205
Section 2 : L'absence de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'état de santé dans les législations nationales au sein de l'Union européenne	205
Section 3: L'interdiction de la discrimination sur l'état de santé par la législation française	208
Remarques préliminaires	208
A. La protection du salarié malade	212
a. L'absence prolongée	214
b. Les absences fréquentes ou répétées.....	216
c. Le remplacement définitif du salarié malade	218
B. La protection du salarié inapte	221
a. L'obligation de reclassement	225
b. Cadre de la recherche d'un reclassement.....	227
c. Contenu de l'obligation de reclassement	228
d. La portée du reclassement selon la jurisprudence.....	234
e. Le refus par le salarié du reclassement proposé.....	235
f. Le refus de l'employeur de reclasser le salarié.....	237
C. Le reclassement du travailleur handicapé déclaré inapte, au regard de l'obligation d' « aménagement raisonnable »	242

Section 4 : Les questions qui émergent concernant le régime de protection du droit français contre la discrimination fondée sur l'état de santé	245
A. Les perturbations du bon fonctionnement de l'entreprise conduisent-elles à une dérogation de la règle de non-discrimination ?	246
B. Est-il souhaitable de supprimer l'interdiction de la discrimination fondée sur quelques motifs préconisés et d'en faire une protection contre un concept général de discrimination ?	249
C. La discrimination fondée sur les tests génétiques, constitue-elle une méthode discriminatoire ?	250
Conclusion	256
DEUXIÈME PARTIE : La discrimination multiple	258
Introduction	258
Chapitre I : La protection juridique inefficace contre la discrimination multiple.....	259
Section 1: Signification de la discrimination multiple et ses voies différentes ..	259
A. La « discrimination multiple » : une construction sociale	259
B. La « discrimination multiple » apparaît pour la première fois dans les sciences sociales.....	261
C. Les catégories de « la discrimination multiple »	263
a. La discrimination additive.....	264
b. La discrimination composée.....	264
c. La discrimination intersectionnelle	265
Remarques de conclusion sur la distinction des catégories de la discrimination multiple	267
D. La discrimination multiple et la discrimination indirecte	268
E. La théorie de l'intersectionnalité des traits identitaires	269
Section 2 : Tentatives de reconnaissance juridique de la discrimination multiple au niveau international, européen et national	271
A. L'adoption de la notion de la « discrimination multiple » par la tradition juridique anglo-américaine	271
a. La « discrimination multiple » aux États- Unis.....	271
b. La « discrimination multiple » au Canada	277
c. La « discrimination multiple » au Royaume-Uni.....	282
d. La « discrimination multiple » en Afrique du Sud	287
e. Remarques de conclusion.....	288
B. La pénétration de la notion de « discrimination multiple » dans le droit international et européen.....	289
a. La « discrimination multiple » en droit international : la première reconnaissance explicite de la discrimination multiple par la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.....	289

b.	La « discrimination multiple » dans le droit du Conseil de l'Europe	293
c.	La « discrimination multiple » dans le droit de l'Union européenne	294
d.	La « discrimination multiple » en Australie.....	304
e.	Remarques de conclusion.....	305
C.	L'absence de la « discrimination multiple » dans les législations nationales des États membres de l'Union européenne.....	306
a.	Les États qui reconnaissent formellement que la discrimination peut être fondée sur plus d'un motif interdits.....	307
b.	Les États qui ne reconnaissent pas formellement que la discrimination peut être fondée sur plus d'un motif interdits.....	322
	Remarques de conclusion	371
Section 3 : L'emprunt inefficace des voies « usuelles » du droit de la non-discrimination au cas de la protection contre la « discrimination multiple »		373
	Remarques préliminaires	373
A.	La charge de la preuve	374
B.	Le problème de la référence à une ou plusieurs personnes mieux traitées dans une situation comparable	383
a.	Le comparateur réel ou hypothétique.....	383
b.	Le comparateur approprié difficile à trouver	385
c.	Faut-il toujours une comparaison ?	388
d.	La comparaison dans le régime de preuve	391
e.	La comparaison comme outil de preuve de la discrimination multiple ?	393
C.	Les exceptions et justifications valables pour un des nombreux critères coexistant simultanément.....	396
D.	Le problème méthodologique : Approche jointe ou disjointe des motifs multiples de discrimination.....	397
E.	Les problèmes conceptuels: la discrimination multiple et la dignité humaine.....	402
F.	La pauvreté : un facteur déterminant des inégalités sociales et, en même temps, cause sous-jacente de la discrimination.....	404
	Remarques de conclusion	406
Chapitre II : Suggestions et Recommandations sur la meilleure façon d'aborder la question de la discrimination dans sa globalité.....		407
Section 1 : L'adoption d'une approche multidimensionnelle et d'une appréciation de la situation individuelle du travailleur dans son entourage, prévue dans le régime de protection contre la discrimination fondée sur le handicap		407
	Remarques préliminaires	407

A. La nécessité d’apprécier la situation individuelle du travailleur, déjà relevée dans la détermination du handicap indiquée par la CJUE	408
B. La nécessité d’une approche multidimensionnelle / intersectionnelle	413
C. La nécessité d’apprécier la situation individuelle du travailleur dans son contexte propre.....	416
D. Les aménagements raisonnables en tant que mesure de l’appréciation individuelle des personnes, eu égard à tous les motifs interdits de discrimination ou à une combinaison de ceux-ci	421
Section 2 : La nécessité d’introduire dans la législation l’interdiction de « la discrimination multiple »	427
Remarques préliminaires	427
A. Ce qui rend nécessaire l’introduction d’une disposition législative interdisant la discrimination multiple	427
B. La preuve de la discrimination multiple : une comparaison hypothétique ou pas nécessaire.....	431
C. Les exceptions et dérogations aux cas de discrimination multiple	436
D. La disposition législative adéquate relative à l’interdiction de la discrimination multiple	438
E. La disposition législative adéquate sur la sanction de la discrimination multiple interdite	445
F. Les mesures proactives	447
Remarques de conclusion	450
Conclusion	451
BIBLIOGRAPHIE.....	457
Index.....	483

INTRODUCTION

Section 1 : But de la recherche

Le principe¹ de non-discrimination, qui est exprimé dans la règle de non-discrimination, constitue l'un des fondements des démocraties modernes. L'on comprend bien aujourd'hui que l'on est interdépendant et que la santé et la dignité de la société dépendent de la manière dont nous en traitons tous les membres. Lorsqu'une personne n'a pas les mêmes chances que les autres, ou qu'elle n'est pas traitée avec dignité, c'est toute la société qui en souffre. Lorsque les individus ou les gouvernements refusent de reconnaître ou de respecter la différence, l'on assiste à l'accroissement de l'intolérance. Une grande partie de la population paie le prix de la discrimination et cela ne concerne pas seulement ceux qui en sont les victimes directes. Le chômage, la pauvreté, le crime, l'explosion du coût des programmes sociaux : tous ces problèmes plongent au moins une partie de leurs racines dans l'inégalité. Certes, les efforts déployés pour enrayer l'inégalité ne feront pas disparaître ces problèmes. Mais une chose est certaine : ignorer l'inégalité les aggravera. L'inégalité, la discrimination et le sentiment d'injustice sont des forces grandement déstabilisatrices dans la société. Quiconque cherche la stabilité sociale gagnera à les affaiblir.

Permettre ou perpétuer l'inégalité, c'est permettre ou perpétuer l'injustice. Une question primordiale consiste à savoir si nos politiques publiques, nos milieux de travail, nos institutions permettent à tous de jouir d'une pleine appartenance à la société et s'ils font des gens des individus égaux en termes d'estime de soi. À l'évidence, la revendication de dignité a toujours nourri le droit du travail. Ainsi a-t-on vu apparaître une norme d'interprétation se référant à la dignité, voire, à la bonne foi. Les notions de discrimination et de harcèlement introduites dans le Code du travail et dans le Code pénal des États ont ouvert de nouveaux horizons. En outre, les dispositions législatives

¹ Un **principe** entraîne la *création de règles* pour assurer sa *mise en œuvre*. Autrement dit, un **principe sans règles d'application** reste théorique et sans grande utilité. Le principe se distingue de la **règle** (dont l'objet est de régir, par opposition au *principe*, qui explique) en ce qu'il constitue un énoncé général du droit applicable à un large ensemble de circonstances indéterminées. En outre, la **règle** se distingue du **principe** en ce qu'elle constitue un énoncé particulier du droit sur une question particulière (le **principe** constituant, quant à lui, un énoncé général) qui vise des circonstances bien précises (le *principe* portant sur des circonstances indéterminées du fait de sa généralité). http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/indexfra.html?lang=fra&lettr=indx_catlog_r&page=98SWm0-1k59I.html

contre l'inégalité ont pour objet même de rétablir une certaine égalité et aussi d'affirmer que le travailleur subordonné est une personne qui, en cette qualité, dispose de droits qu'il importe de protéger².

La question des discriminations au travail est aujourd'hui une matière complexe et vivante qui conduit à s'interroger sur l'adéquation des droits spécifiquement consacrés par la législation du travail à la situation vécue par les salariés. La doctrine et la jurisprudence, sur cette question ne cessent d'évoluer. Les points d'interrogation sont nombreux. Qu'est-ce qu'être tenus pour égaux ? Sous quelles conditions juge-t-on que des personnes sont placées dans des situations égales ? Leurs situations doivent être véritablement identiques ? Les mesures d'application générale sont-elles suffisantes afin de répondre aux inégalités ou doit-on prendre en compte la situation individuelle des personnes ? Et si l'on suggère que c'est précisément cette approche individuelle ou réadaptive, le nouveau moteur de la lutte contre les discriminations dont les effets sont à apprécier tant au plan national qu'eupéen et international, ne doit-on pas se méfier, voyant qu'elle vient souligner les processus de ségrégation plutôt que les éradiquer ? Voici des questions dont la réponse résultera indirectement de cette étude.

En outre, l'objectif principal de la présente étude est d'examiner la discrimination fondée sur le handicap et sur l'état de santé ainsi que les situations de la discrimination multiple. Ainsi, cette étude tentera d'évaluer les systèmes juridiques luttant contre la discrimination fondée sur le handicap et l'état de santé mettant en évidence la difficulté de l'interprétation de ces concepts mais aussi les outils juridiques pour une lutte efficace contre la discrimination fondée sur ces motifs. Nous examinerons si la maladie et l'inaptitude sont en mesure de justifier un licenciement ou si elles constituent des motifs de discrimination en prenant en compte que le législateur européen souhaite ne pas les inclure parmi les motifs de discrimination interdit et que la plupart des législations des États membres suivent ce paradigme européen. En outre, en ce qui concerne le critère du handicap, un changement radical s'est opéré au cours des dernières années, orienté vers une approche individuelle : d'une optique fondée sur la « protection » on allait bientôt passer à une optique fondée sur « les droits de l'homme » et, ainsi, sur les droits des personnes handicapées³. C'est dans le cadre de ce rapprochement que nous

² WAQUET PHILIPPE, « 13 paradoxes en droit du travail », Lamy Axe droit, 2012.

³ GERARD QUINN ET THERESIA DEGENER, « Droits de l'homme et invalidité, L'utilisation actuelle et l'usage potentiel des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme dans la perspective

examinerons l'obligation imposée aux employeurs de prévoir un aménagement effectif afin d'assurer que les travailleurs atteints d'un handicap puissent être recrutés et maintenus dans leur fonction, à moins que cela n'impose une « charge disproportionnée » aux employeurs concernés.

Mais, cette obligation des aménagements raisonnables n'implique-t-elle pas de voir plus clairement, dans la définition même du handicap, la distinction entre différence réelle et différence présumée ? Ainsi, cette réglementation ne constitue-t-elle pas une preuve et une reconnaissance du fait qu'il convient de prendre en compte la situation individuelle des personnes ? Cette approche individuelle ne donne-t-elle pas accès à une preuve plus favorable pour la victime d'une discrimination ?

Cependant, les systèmes juridiques actuels luttant contre la discrimination ne peuvent pas prendre en compte la situation individuelle des personnes dans son ensemble quand ils évaluent la discrimination sur la base d'un seul motif adoptant une approche unidimensionnelle. L'approche unidimensionnelle limite l'identité des personnes à un motif seulement et omet de considérer les gens comme porteurs de multiples identités. En conséquence, elle exclut la possibilité de prouver une discrimination liée à plusieurs motifs simultanément.

À ce point, une question qui se pose est celle de savoir si l'approche individuelle proposée par la législation luttant contre la discrimination fondée sur le handicap peut conduire à une approche multidimensionnelle qui sera en mesure de traiter les cas où les personnes ont vécu la discrimination fondée sur plusieurs motifs interdits qui interagissent entre eux. En d'autres termes, le régime juridique de la protection des personnes handicapées contre les discriminations peut-il contribuer à la création d'un régime juridique traitant la discrimination multiple de manière plus efficace ?

Cette thèse est notamment motivée par les questions et hypothèses susmentionnées et vise à proposer des recommandations et suggestions les concernant.

Section 2 : La notion de discrimination en droit du travail

Dans la langue française, le terme de discrimination renvoie étymologiquement à une distinction entre deux ou plusieurs objets. Le verbe discriminer provient du latin

de l'invalidité », Nations Unies, New York et Genève, 2002, publications des Nations Unies, Numéro de vente: F.02.XIV.6

discriminare qui signifie séparer, distinguer. Progressivement, ce terme acquit une connotation négative⁴, avant de revêtir une qualification juridique. Trois critères juridiques sont désormais utilisés pour définir le syllogisme aboutissant à une discrimination interdite : en premier lieu, un groupe ou une personne en situation défavorable, puis une différence de traitement et, enfin, l'absence de justification de celle-ci⁵. Plus précisément, une discrimination traduit une distinction jumelée à une hiérarchisation illégitime et arbitraire. Ce caractère illégitime s'exprime lors d'une absence de justification de la discrimination entre plusieurs personnes. Pour A. M. Le Pourhiet, « une discrimination apparaîtra généralement d'autant plus injuste qu'il n'a pas été loisible à l'individu de choisir ou de maîtriser »⁶. Le principe de non-discrimination concrétise donc l'interdiction d'une discrimination illégitime et non-justifiée. Les discriminations ont été progressivement dégagées pour empêcher des traitements différents en fonction de la race, du sexe ou encore du handicap et, plus tard, de l'âge⁷.

En droit du travail, la discrimination est une question très délicate et, de ce fait, en pleine évolution. Le travail se veut la pierre angulaire sur laquelle se construit et se développe une société, mais aussi, dans une certaine mesure, celle où se développent ses citoyennes et citoyens. Appelé à répondre aux défis constants d'une société plurielle, le secteur de l'emploi n'échappe pas à cette réalité. La lutte contre les discriminations dans la plupart des pays s'est d'abord placée sur le terrain pénal⁸, mais le contentieux était et demeure quantitativement faible ainsi que constatait déjà E. SERVERIN en 1994⁹. Devant les juridictions civiles, le contentieux relatif aux discriminations était lui-même faible mais le déplacement de la charge de la preuve a changé les perspectives. En effet, la question de la preuve n'est pas une simple règle de procédure, mais une règle substantielle, une règle de fond du droit. Ainsi, l'action pénale comporte des aléas nombreux de procédure, alors que les acteurs de la lutte

⁴ LOCHAK D. « Réflexion sur la notion de discrimination », *Droit Social* n 11, 1987, p. 778.

⁵ En France, la Chambre sociale de la Cour de Cassation adopte une définition plus restreinte en indiquant qu'« une discrimination est une différence de traitement fondée sur un motif illicite. »

⁶ A-M, Le Pourhiet, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 114, mars - avril 2001, p. 169.

⁷ HOUSER MATTHIEU, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge. », *RFDA* mars - avril 2010, p.323.

⁸ LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE, « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 » *Droit social* 2008, n° 7/8, p. 778.

⁹ SERVERIN E., « L'application des sanctions pénales en droit du travail : un traitement judiciaire marginal », *Dr Social*. 1994, n 7/8, p.654

contre les discriminations devant les juridictions civiles gardent la maîtrise de l'action. L'on a ainsi assisté à une montée en puissance du contentieux civil et à une stagnation corrélative du contentieux pénal. Le contentieux pénal reste cependant incontournable, car son sens premier est d'exprimer les valeurs qu'une société se donne : le refus du racisme, du sexisme,... Il a donc une valeur d'exemplarité. Sa fonction symbolique reste forte alors que le quantum des peines reste faible^{10, 11}.

De plus, la procédure civile vise d'abord l'effet de la distinction opérée, c'est-à-dire, son résultat objectif. Les mobiles et les intentions de l'auteur de la distinction peuvent ne pas être pris en considération et la discrimination peut exister indépendamment de toute recherche de but et des intentions de l'auteur de la distinction. Cette conception civile consacre une conception objective de la discrimination, même si la preuve de l'intention ou du but discriminatoire peut également concourir à cette qualification. Au contraire, la recherche de l'intention renvoie surtout aux débats sur les éléments constitutifs de l'infraction pénale de discrimination.

Les contentieux sur cette question, comme précité, se sont multipliés ces dernières années et surtout dans le domaine du droit du travail, dont la fonction principale est de corriger les inégalités. La discrimination peut intervenir à divers stades de la relation de travail : au niveau de l'embauche, au cours du contrat de travail avec les promotions, les mutations et la rémunération et, bien sûr, au niveau du licenciement¹². Mais aussi en ce qui concerne l'accès à la formation professionnelle et aux stages. En outre, le droit de la non-discrimination dépasse le seul cadre de l'exécution du contrat de travail. Dans la plupart des pays, la protection contre la discrimination ne s'applique pas seulement aux travailleurs déjà en poste, mais aussi à

¹⁰ LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE, « Discrimination », 2010/2011, Dalloz.

¹¹ En Grèce, la seule disposition prévoyant des sanctions pénales en cas de discrimination interdite est l'article 16 de la loi 3304/2005. Toutefois, celle-ci ne comporte pas le cas de la discrimination dans le domaine du travail.

¹² Code du travail art. L. 1132-1 : Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

ceux en cours du processus de recrutement¹³. D'ailleurs, l'Union européenne offre un exemple en étendant le champ d'application de la directive-cadre pour l'égalité de traitement des conditions d'accès à l'emploi ainsi que pour la profession indépendante¹⁴. Il s'agit de la reconnaissance de la personne en droit du travail. Cet important principe illustre l'importance des droits fondamentaux dont l'exigence d'égalité et le corollaire de l'interdiction des discriminations sont une composante. Ainsi, le phénomène de personnalisation contribue aussi à une extension du champ du droit du travail qui bénéficie à tout individu en situation d'activité ou fournissant une prestation de travail. Cette observation renforce l'idée de l'émergence d'un droit social unitaire¹⁵ ou d'un droit de l'activité professionnelle¹⁶, susceptible de trouver application quel que soit le statut juridique dans lequel s'inscrit la relation professionnelle (salarié, indépendant, fonctionnaire, stagiaire, ou agent public). Le principe d'interdiction des discriminations est, par conséquence, d'application extensive¹⁷.

Section 3 : La discrimination et l'égalité sont-elles les deux faces de la même médaille ou bien constituent-elles deux genres de règles distinctes ?

Dans le droit de la non-discrimination, le sens des exigences d'égalité a été façonné par la quête d'une distinction entre égalité et discrimination¹⁸. Ces deux termes forment un couple énigmatique. Convient-il de distinguer le droit de la non-discrimination du droit de l'égalisation ou bien la distinction est-elle désormais désuète ? Le langage ordinaire mêle les termes de la discrimination et de l'égalité et les confond souvent, les invoquant au nom d'exigences communes de justice sociale. Dans le discours juridique, cette assimilation est proche de la confusion¹⁹ et rend même

¹³Washington. D.C., Juillet 25 - Août 1, 2010. Rapport sur le Canada, chapitre III 2, avant la référence 49; Rapport sur la Nouvelle-Zélande, la référence 18; Rapport sur le Japon, le chapitre B 2.3; Rapport sur le Portugal, la question 1; Rapport sur Croatie, la question 4.

¹⁴Directive 2000/78/CE, article 3 (1) (a) ; Washington. D.C., Juillet 25 - Août 1, 2010. Rapport sur les Pays-Bas, la question 4, 5 ; Rapport sur la Norvège, la question 4 (aucun État membre de l'UE); Rapport sur la Slovénie, la question 4; Rapport sur l'Italie, la question 4, 5 ; Rapport sur la Suède, la question 4, 5; Rapport de la Pologne, la question 4, 5, Rapport sur la Tchéquie, la question 5; Rapport sur l'Allemagne, la question 5.

Il n'y a quand même pas d'interdiction de discrimination fondée sur l'âge dans les conditions de travail ou à la résiliation du contrat

¹⁵SUPIOT A. « Critique du droit du travail », PUF, 1994, p.197.

¹⁶BARTHELEMY J. « Essai sur la parasubordination », Semaine Sociale Lamy 2003, p 6.

¹⁷HEAS FRANCK, « État de santé, handicap et discrimination en droit du travail », La semaine juridique-édition social spéciale, n° 24, 14 juin 2011.

¹⁸WAQUET PHILIPPE « Le principe d'égalité en droit du travail », Droit social, 2003 p.276

¹⁹JEAMMAUD. A « Du principe d'égalité de traitement des salariés, Droit social 2004 p. 694.

délicat le choix d'une désignation. Droit de l'égalité, de la non-discrimination, droit antidiscriminatoire ou encore droit de l'égalité de traitement : sous ces désignations en apparence équivalentes s'expriment des présupposés tenant à la fois d'implicites philosophiques, politiques et d'évaluation des techniques juridiques.

À la diversité des sources des exigences de l'égalité et de la non-discrimination correspond la diversité des formulations. Certaines font exclusivement référence à l'égalité, d'autres mentionnent la discrimination. La Constitution américaine, par exemple, ne contient qu'une clause générale de l'égalité²⁰. Il existe des constitutions, comme la Constitution allemande ou grecque, qui spécifient la clause d'égalité de nature générale et garantissent, de plus, des formes spécifiques d'égalité²¹. En outre, certaines constitutions, comme celles de France, du Canada et de Grèce, complètent la clause générale de l'égalité par une disposition interdisant toute discrimination fondée sur un certain nombre de motifs²². Cette diversité se retrouve également dans les ressources internationales, que ce soit dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la CEDH et la Charte européenne des droits fondamentaux²³.

Du fait de cette diversité des sources et de leurs formulations, il est difficile de proposer une définition juridique unique des notions d'égalité et de discrimination. L'entreprise de définition est d'autant plus difficile que l'égalité et la discrimination font figure de notions juridiques pouvant être appréhendées et définies en dehors du discours juridique. Pour les définir, l'ordre juridique a souvent recours à la philosophie utilisant, par exemple, la définition d'Aristote. L'égalité consiste alors à « traiter les choses semblables de façon similaire mais à traiter les choses dissemblables de manière dissemblable proportionnellement à leur dissemblance²⁴ ». Toutefois, cette définition ne rend pas compte des relations possibles entre égalité et discrimination. En outre, la définition d'Aristote ne répond pas à la question de savoir si l'égalité et la discrimination sont les deux faces de la même médaille ou si elles constituent deux

²⁰ 14^e Amendement de la Constitution américaine.

²¹ Article 4, paragraphe 1, de la Constitution grecque, article 3, paragraphes 1 et 2, de la Constitution allemande.

²² Préambule de la Constitution française 1958 et article 1, paragraphes 1 et 2, article 3 (30, 72-2, 72-3) de la Constitution française 1958, article 15 de la Constitution canadienne, article 5 de la Constitution Grecque.

²³ PORTA JEROME, « Égalité, discrimination et égalité de traitement : À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination, 1^{ère} + 2^{ème} parties », Revue de Droit du travail, p. 290 p. 354.

²⁴ Aristote, Éthique à Nicomaque, livre E (5o) 1131a, National Geographic 2011, page 82.

genres des règles distinctes²⁵. D'aucuns, dans la théorie, adoptent la première voie et considèrent que la discrimination est contraire au principe de l'égalité et que la réalisation de l'égalité suppose l'élimination de toute discrimination²⁶. D'autres auteurs soutiennent la seconde voie. Ils considèrent que la loi de non-discrimination décrit simplement les comportements que les personnes doivent éviter et prévoit des sanctions supplémentaires pour protéger les victimes de ces comportements²⁷. En revanche, la loi de l'égalité est plus ambitieuse, non seulement parce qu'elle assimile certains comportements, tel que le harcèlement, à la discrimination, mais aussi parce qu'elle exige de l'État ou d'autres organes du pouvoir d'adopter des mesures positives pour rendre efficace la mise en œuvre de l'égalité. Indépendamment de la voie adoptée, il convient d'avouer que la notion de la discrimination suggère un plan d'action, tandis que la notion d'égalité est un idéal. L'aspect positif de la discrimination est l'égalité de traitement. Mais la relation entre celle-ci et la discrimination reste imprécise²⁸.

Une deuxième façon de clarifier la relation entre les deux termes est d'étudier leurs applications spécifiques dans le droit administratif, le droit du travail ou le droit communautaire²⁹. La recherche montre que les concepts d'égalité et de discrimination sont en principe des outils qui contrôlent le pouvoir exercé par le gouvernement ou l'employeur. De plus, outre le fait de remplir cette fonction de contrôle, ces concepts sont utilisés pour atteindre des objectifs spécifiques. Ainsi, les deux concepts sont dotés d'une efficacité qui a joué un rôle déterminant dans leur convergence³⁰. Mais, avant d'examiner ce développement, il est nécessaire d'étudier comment ces deux concepts ont évolué au sein des idéologies politiques.

²⁵ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

²⁶ SHIEK DAGMAR, WADDIGTON LISA, BELL MARK), (eds), Cases Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Oxford and Portland 2007

²⁷ S. PRECHAL, "Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy : Achievements in three themes", *Comon market Law Review*, 2004 page 533, M.BELL "Anti-Discrimination Law and the European Union", Oxford University Press 2002 page 145.

²⁸ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

²⁹ PORTA JERÔME, « Égalité, discrimination et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination 1^e + 2^e parties », *Revue de Droit du travail*, p. 290 p. 354.

³⁰ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

A. L'évolution des notions de l'égalité et de la discrimination au sein des idéologies politiques.

Dans les idéologies politiques, l'idéal d'égalité se décline de différentes manières. Dans une perspective libérale classique, l'égalité s'adresse à des hommes abstraits et postule donc la primauté de l'individu sur le groupe. Chacun -chaque sujet de droit- est égal en droit à chacun, sans que soient prises en considération les différences de conditions sociales, causes d'inégalités sociales³¹. La mise en œuvre de cette idée de l'égalité passe par la garantie de libertés : liberté contractuelle, liberté du travail, liberté d'entreprendre. Une loi illustrant cet esprit libéral classique est la loi américaine qui autorise les accords dans lesquels les travailleurs âgés peuvent renoncer à leur protection légale, si une telle renonciation est « consciente » et « volontaire »³².

En Europe continentale et notamment *en France*, la critique de l'idée libérale classique de l'égalité a donné naissance à un second programme politique au nom de l'égalité : la lutte contre les inégalités sociales. C'est, ici, une égalité parfois qualifiée de « concrète » qui est visée³³. La loi se voit ainsi assigner une mission correctrice. Elle doit rétablir l'égalité en corrigeant les inégalités sociales³⁴. En ce sens, le droit du travail « n'est plus un droit de l'égalité, mais, au contraire, un droit des inégalités, un droit discriminatoire, un droit des préférences » : l'accomplissement de cette visée correctrice implique l'octroi de droits particuliers à certaines catégories sociales inscrites dans la règle de droit. Il marque la fin de la logique de l'« intégration » au profit d'une valorisation de la « citoyenneté »³⁵. La lutte contre les inégalités sociales prend également appui sur la reconnaissance de droits collectifs, au double sens de droits d'exercice collectif (tels la grève, la négociation collective) et de droits reconnus en raison de l'appartenance à une catégorie sociale (tels les droits à protection sociale, dont la soumission à un principe de solidarité témoigne de leur filiation collective).

³¹ Selon Friedman, la dégradation de libertés du marché au nom du principe de l'égalité et de l'interdiction de la discrimination, présente une similitude entre le régime nazi des lois de Nuremberg, interdisant les mariages entre Allemands juifs et non-juifs pour des raisons raciales, FRIEDMAN, « Capitalisme et liberté », 1962, p.113.

³² Washington. D.C., Juillet 25 - Août 1, 2010 Rapport sur les États-Unis, référence 90-92,

³³ LYON-CAEN. A., « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, 69.

³⁴ LYON-CAEN, A., « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990. 69.

³⁵ CLAUDE-VALENTIN MARIE « Enjeux actuels de la lutte contre les discriminations en France », in « Lutter contre les discriminations », sous la direction de Daniel Borrilo.

Mais il existe également un troisième mouvement, politique et philosophique, qui a contesté les principes du libéralisme classique. Il s'agit en particulier du mouvement des droits civils et politiques (civil rights movements) qui se développa après la Seconde Guerre mondiale aux États-Unis et qui est devenu largement connu grâce à la législation internationale et européenne³⁶. Il s'agit d'une conception libérale renouvelée qui inspire le programme de lutte contre les discriminations, certes plus proche probablement de formes de libéralisme social, par opposition au libéralisme classique. En effet, si elle renoue avec une perspective individualiste, la lutte contre les discriminations ne concerne plus un homme abstrait, mais un homme concret. L'individu, ou plutôt, ici, la personne, y est appréhendé du point de vue de qualités singularisées : le sexe, la religion, les opinions politiques, l'appartenance ethnique, le handicap, etc. En revanche, dans le programme de lutte contre les inégalités sociales, le sujet visé est un individu de qualité moniste et collective - le salarié, le consommateur, ... La lutte contre les discriminations saisit la personne dans la variété d'une identité évidemment sociale, mais aux appartenances fragmentées et plurielles. Le sujet d'une telle politique peut en effet revendiquer une pluralité d'appartenances identitaires (homme/femme, handicapé, syndicaliste, etc.)^{37, 38, 39}.

Le fait que l'égalité et la discrimination sont apparues comme des concepts distincts dans le domaine de la philosophie politique et exprimant deux notions différentes de la justice sociale n'a pas laissé le droit indifférent. En effet, il a déclenché les débats sur la conformation juridique des deux concepts.

B. L'évolution des notions de l'égalité et de la discrimination dans la langue courante et juridique

³⁶ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

³⁷ LANQUETIN M-T., « Égalité, diversité et... discriminations multiples », Travail, genre et société 2009 p 91.

³⁸ L'on doit noter qu'en France cette évolution des approches correspond à un élargissement des acteurs concernés : vues essentiellement en tant que risques pour la cohésion sociale, les inégalités, à travers le thème de l'exclusion, ont mobilisé les responsables politiques et la société civile. Envisagées comme obstacle à l'efficacité économique, les discriminations sont aussi prises en compte par les entreprises à travers le thème de la « diversité. » De la dimension sociale à la dimension économique, on observe en quelque sorte au niveau national français un mouvement inverse à celui constaté dans le cadre européen, où la non-discrimination et sa conception de l'égalité en termes de droits individuels, identiques pour tous, et qu'il appartient à chacun de faire prévaloir apparaissait comme une nécessité économique qui a connu un destin social.

³⁹ PORTA JÉRÔME, « Égalité, discrimination et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination 1^e + 2^e parties », Revue de Droit du travail, p. 290 p. 354.

Du point de vue de la langue courante, le débat sur la distinction entre égalité et non-discrimination est difficilement compréhensible. « Discrimination » - dérivé de la locution latine *discriminatio* - désigne la séparation, l'action de distinguer. Certes, le terme de discrimination a acquis une connotation péjorative dont se fait écho le langage juridique. Discriminer, ce n'est plus seulement séparer, mais défavoriser⁴⁰. L'on se dit « victime d'une discrimination. » La relation entre égalité et discrimination reste une relation d'antonymie. Discriminer, c'est simplement rompre la règle d'égalité. Dans son acception péjorative, la discrimination désigne plus spécifiquement la rupture illégitime d'égalité. En ce sens, « la réalisation de l'égalité suppose donc la suppression, la mise hors la loi de toutes les discriminations ». Le langage politique refuse pourtant une telle assimilation.

En outre, l'affirmation d'une distinction, sur le plan de la technique juridique, entre les règles d'égalité et de non-discrimination va s'accroissant⁴¹. En premier lieu, les règles d'égalité et de non-discrimination n'auraient pas la même portée⁴². L'égalité est un réquisit général. Elle impose de traiter de manière égale des situations équivalentes et prohibe toutes distinctions arbitraires. Au contraire, une règle de non-discrimination ne prohibe les différences de traitement que si elles sont fondées sur certains motifs identifiés comme discriminatoires. La discrimination suppose en effet un processus de qualification au regard du droit en vigueur : toute différence de traitement ne revêt pas en elle-même le caractère d'une discrimination, encore faut-il que cette différence soit répréhensible et condamnable, en tombant sous le coup d'une disposition du droit positif. À la différence d'une simple inégalité, la discrimination n'existe donc pas en soi mais seulement dès lors que la différence de traitement est considérée comme illégitime et arbitraire. Le droit constitue donc la discrimination en même temps qu'il la prohibe. La spécificité d'une règle de non-discrimination serait alors de prédéterminer l'illicéité de certains motifs de différenciation, tels que le sexe, la religion, le handicap, l'état de santé, l'âge.

⁴⁰ LOCHAK. D., « Réflexions sur la discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 778, et LANQUETIN M.-T., *Discrimination*, Rép. trav. Dalloz, 2010

⁴¹ Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Doc. fr.* 2009.

⁴² JEAMMAUD ANTOINE « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Droit social*, juillet/août 2004, p. 694

Cette séparation de la lutte contre les inégalités et de la lutte contre les discriminations ne se traduit pas exactement de la même manière selon les domaines du droit. C'est que, dans le contentieux, les sources de la distinction sont probablement ailleurs. En matière sociale, la nécessité de distinguer les règles d'égalité et de non-discrimination ne s'est pas imposée d'emblée, si bien que les deux notions ont souvent été confondues. En droit du travail, la discrimination est première. À cet égard, dans les relations entre personnes privées ne prévaut pas un principe général de non-discrimination⁴³. La règle de la liberté contractuelle requiert et justifie la possibilité de différences de traitements entre les contractants. Aussi, la prohibition des discriminations entre personnes privées ne résulte-t-elle que de textes spéciaux. Progressivement, des règles d'égalité ont cependant émergé, telle la règle d'égalité entre les salariés à temps partiel et ceux à temps plein qui complète surtout la règle à « travail égal, salaire égal. »

En France, c'est à partir de cette règle prétorienne, dégagée par la Chambre sociale dans le célèbre arrêt *Ponsolle* du 29 octobre 1996⁴⁴, que s'est progressivement affirmée une différenciation entre règle d'égalité et règle de non-discrimination. La Cour a estimé qu'une cour d'appel saisie du seul point de savoir si la règle « à travail égal, salaire égal » a été méconnue par l'employeur, n'a pas à se prononcer sur une discrimination en raison de l'un des motifs discriminatoires énumérés à l'article L. 1132-1 du Code du travail⁴⁵. Posant cette distinction, la Cour a pu soumettre ces règles à des régimes partiellement différents et, surtout, tenter de borner leurs conditions d'application. Alors que la règle de non-discrimination n'est invocable qu'à raison d'un nombre restreint de motifs, la règle « à travail égal, salaire égal » l'est quel que soit le motif de la décision de l'employeur. En revanche, le champ d'application de la règle de non-discrimination est plus vaste puisqu'elle embrasse toute mesure imposée par l'employeur au salarié⁴⁶, tandis que la règle d'égalité ne concerne que tout avantage⁴⁷. Néanmoins, il faut relativiser cette opposition. L'exercice de ces deux types de règles demeure soumis à un régime aménageant la charge de la preuve. Invariablement, le contrôle du pouvoir patronal s'exerce par comparaison des situations et examen des

⁴³ LOCHACK D., « Réflexion sur la notion de discrimination », p.788, et Rapport de la Cour de cassation 2009, p. 84

⁴⁴ Soc. 29 oct. 1996, Dr. soc. 1996, 1013, LYON-CAEN A.

⁴⁵ Soc. 5 juill. 2005, *Bull. civ.* V, n° 231.

⁴⁶ LANQUETIN M.-T, *Discrimination*, p. 28, § 99.

⁴⁷ Soc. 23 mars 2011, n° 09-42.666, D. 2011. AJ 1021, obs.

motifs de différenciation. Certes, la Chambre sociale a ici récemment mis en exergue une nouvelle raison de ne pas confondre ces deux règles. Alors que la preuve d'une violation de la règle « à travail égal, salaire égal » semble par définition impliquer le recours à une comparaison, tel n'est pas le cas dans la preuve d'une discrimination. Selon la Cour, « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés. »⁴⁸ Toutefois, la proximité entre ces deux règles demeure grande. L'atteinte à l'égalité de traitement ne peut-elle être aussi prouvée sans comparaison⁴⁹ ?

L'établissement d'une distinction entre égalité et non-discrimination a suivi une autre voie dans le contentieux administratif. Le Conseil d'État *en France* admet que des situations différentes puissent être traitées de manière différente et permet par ailleurs des dérogations à la règle d'égalité justifiées par la référence à l'intérêt général⁵⁰. La non-discrimination n'est pas absente de la jurisprudence administrative, l'influence du droit européen étant ici sensible⁵¹. La référence à la discrimination va même s'accroissant. Toutefois, cette montée en puissance des références à la non-discrimination n'a pas la même signification que dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Le Conseil d'État aurait « tendance à ne voir la discrimination qu'à travers le prisme de l'égalité. » En définitive, les discriminations ne sont ici que des « différences de traitement » illicites, des « distinction(s) interdite(s) »⁵². De fait, la référence à la discrimination n'a pas bouleversé les solutions du juge administratif. Aussi, la montée de la non-discrimination dans la jurisprudence administrative n'est peut-être pas tant - ou pas encore - le signe d'un changement de conception, qu'une volonté de contrôle plus étendue du principe d'égalité.

⁴⁸ Soc. 10 nov. 2009, *D.* 2009. AJ 2857, obs. S. MAILLARD; *ibid.* 2010.; *RDT* 2010. 169, obs. T. AUBERT-MONPEYSSSEN; *RTD civ.* 2010. 75, obs. J. HAUSER; *Dr. soc.* 2010.p. 111.

⁴⁹ PORTA JÉRÔME « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination. 1^{ère} partie », *Revue de droit du travail*, mai 2011, p. 290.

⁵⁰ Selon le Conseil d'État, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit et qu'elle ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation ou des motifs susceptibles de la justifier », CE 13 juill. 1972, *Conseil national de l'ordre des médecins*, *Lebon* 479.

⁵¹ CLUZEL-MÉTAYER, L. « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA* 2010. 309.

⁵² « Sur le principe d'égalité », *Rapport public du conseil d'État*, 1996, p. 41 et CE 7 avril 2011, *Association SOS Racisme - Touche pas mon pote*, n° 343387, *Lebon* ; *AJDA* 2011. 760; *D.* 2011. AJ 1083, et les obs.

Quelle que soit la formulation forte de la discrimination retenue, ces deux énoncés ont alors en commun d'ouvrir à une « déformalisation » de l'égalité. Il y a là un enrichissement des exigences d'égalité de nature à bouleverser une grammaire conçue sur la seule dichotomie entre égalité et discrimination. Le droit de l'Union européenne l'illustre en suggérant une notion synthétique, celle de l'égalité de traitement.

C. La contribution du droit de l'Union européenne à la fusion de ces deux concepts

Le droit de l'Union européenne paraît contourner la difficulté que pose le partage entre égalité et non-discrimination par la référence à l'égalité de traitement. Cette notion d'égalité de traitement est le fruit d'une construction progressive. Les références aux exigences d'égalité prennent source dans divers énoncés qui mêlent indistinctement égalité, discrimination et égalité de traitement.^{53, 54, 55, 56, 57, 58}

En dépit de cet enchevêtrement complexe d'énoncés et de vocables, la jurisprudence de la Cour de justice a tôt visé un « principe général d'égalité qui appartient aux principes communautaires du droit communautaire »⁵⁹. La Charte des droits fondamentaux porte aussi la trace de cette synthèse⁶⁰. Toutefois, ces deux notions sont conçues comme complémentaires, interdisant « d'établir entre les individus ou les

⁵³ Art. 18 TFUE, ancien article 12 TCE.

⁵⁴ Art. 157 TFUE, ancien art. 141 TCE. De plus, le traité d'Amsterdam a attribué une compétence spécifique au législateur européen pour la lutte contre les discriminations (art. 19 TFUE, ancien art. 13 TCE).

⁵⁵ Ancien règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté et, actuellement, règlement (UE) n° [492/2011](#) du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union.

⁵⁶ Par exemple, avant : directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 relative à l'application du principe de l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins ; directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle. Et actuellement : « DIRECTIVE 2006/54/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte)

⁵⁷ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

⁵⁸ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁵⁹ CJCE 19 octobre 1977, *Rückdeschel*, affaire 117/76, *Rec. CJCE*, p. 1753.

⁶⁰ Son chapitre III, consacré à l'égalité, vise tant l'« égalité en droit » (l'art. 20 de la Charte prévoit que « Toutes les personnes sont égales en droit ») - que la Cour de justice a jugé être un principe fondamental du droit communautaire (CJCE 13 nov. 1984, *Racke*, aff. 283/83, *Rec. CJCE*, p. 3791 ; CJCE 17 avril 1997, *EARL*, aff. C-15/95, *Rec. CJCE*, p. I-1961 ; CJCE 13 avr. 2000, *Karlsson*, aff. C-292/97) - que la non-discrimination, art. 21 de la Charte.

groupes des différences de traitement non justifiées »⁶¹. Cette conjugaison est clairement exprimée par la Cour de l'Union européenne qui insiste sur le lien entre le principe de non-discrimination et le principe d'égalité. Selon la Cour, « l'interdiction de la discrimination n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire »⁶². Règle d'égalité et règle de non-discrimination sont ainsi subsumées sous un principe général d'égalité à la formulation synthétique : « ce principe veut que des situations comparables ne soient pas traitées différemment à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée »⁶³.

Mais quelle signification conférer à cette expression européenne des exigences d'égalité ? Jérôme Porta⁶⁴ se demande si la Cour de justice n'aboutit pas à confondre égalité et non-discrimination au risque d'en faire de simples synonymes⁶⁵. Selon lui, en réalité, plus que d'une confusion, c'est d'un changement de conception qu'il s'agit. Il convient d'avoir à l'esprit que la référence à l'égalité de traitement s'est déployée dans un contexte instrumental. En effet, la référence à l'égalité de traitement s'est d'abord imposée dans le giron de la construction du marché commun⁶⁶. Cependant, ce lien au marché paraît aujourd'hui en voie de dépassement, l'égalité de traitement

⁶¹ BRAIBANT, G., « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Revue de droit du travail*, p. 155.

⁶² CJCE 19 oct. 1977, *Rücksedel*, affaire 117/76, *préc.*

⁶³ BRAIBANT, G., « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Revue de droit du travail*, p. 155.

⁶⁴ PORTA JÉRÔME, « Égalité, discrimination et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination 1^{er} + 2^{er} partie », *Revue de Droit du travail*, p. 290 p. 354.

⁶⁵ LAULOM S. « Égalité de traitement entre les personnes : une directive de trop ? », *RDT* 2009, p. 8.

⁶⁶ La base juridique sur laquelle sont fondées les premières directives concernant l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en porte trace. Fondée sur l'article 100 du Traité de Rome, la directive du 10 février 1975, relative à l'application du principe d'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, était motivée par la création et le fonctionnement du marché commun. La construction prétorienne de l'égalité de traitement entre nationaux et ressortissants communautaires s'est déployée en vue de garantir la liberté de circulation des personnes et en particulier des travailleurs. La définition du domaine matériel couvert par ce principe de non-discrimination en fonction de la nationalité est explicitement justifiée par l'effet utile des libertés de circulation des personnes. Le champ couvert par la notion d'avantage social, dont doit bénéficier le travailleur communautaire à égalité des nationaux, témoigne de cette instrumentalisation de la référence à l'égalité dans les décisions de la Cour de justice. En matière de libre circulation des travailleurs, l'égalité de traitement n'embrasse pas seulement les conditions de travail, mais plus largement les conditions de vie : avantages sociaux et fiscaux, indemnisation chômage accès à la formation professionnelle, réductions accordées aux familles nombreuses... L'extension ainsi donnée au principe d'égalité de traitement entre travailleurs nationaux et travailleurs communautaires trouve directement sa justification dans la recherche de pleine application des libertés de circulation. Confronté au refus de ces avantages sociaux, le travailleur communautaire verrait inmanquablement l'exercice de sa mobilité intra-communautaire entravée. PORTA JÉRÔME, « Égalité, discrimination et égalité de traitement À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination 1^e + 2^e partie », *Revue de Droit du travail*, p. 290 p. 354.

s'affirmant comme l'un des termes essentiels de la citoyenneté européenne⁶⁷. Toutefois, par-delà ce changement de portée des exigences d'égalité, une constante demeure : l'usage des règles d'égalité. Celui-ci n'est pas seulement le contrôle d'un pouvoir, mais davantage l'égalisation des situations. Les arrêts de la Cour de justice dévoilent une conception riche de l'égalité que porte dans le droit de l'Union cette référence à l'égalité de traitement. Elle paraît soucieuse de la réalisation des effets attendus de la règle d'égalité de traitement. Autrement dit, les effets de la règle doivent correspondre à l'exigence d'égalité envisagée dans la règle⁶⁸. En ce point l'on peut séparer la notion d'égalité formelle de celle d'égalité réelle.

D. L'égalité formelle

L'égalité formelle existe lorsque les personnes relevant de la même catégorie bénéficient du même traitement indépendamment du fait que cela est bon ou mauvais⁶⁹. Dans le domaine du droit le terme d'égalité formelle consiste en l'égalité juridique ou l'égalité en droit qui, dans la plupart des constitutions, est complétée et précisée par des dispositions particulières⁷⁰. L'égalité formelle résulte d'une conception libérale restant absolument neutre et ne tenant pas compte des nécessités sociales ou des valeurs morales, elle renvoie à la notion de conformité au droit et à l'égalité des citoyens en tant que sujets de droit.

L'égalité formelle est susceptible de prendre deux acceptions distinctes : l'égalité *devant* la loi et l'égalité *dans* la loi⁷¹. L'effectivité de l'égalité devant la loi est inhérente à l'idée même d'application de la règle de droit⁷². Le résultat attendu de l'exigence d'égalité peut être simplement l'égalité des sujets de droit *devant* la loi ou plus exactement devant la règle de droit. Selon H. Kelsen, « poser l'égalité *devant* la loi, c'est poser simplement que les organes d'application du droit n'ont le droit de

⁶⁷ CJCE 12 mai 1998, *M^{me} Martinez Sala*, aff.C-85/96, *Rec. CJCE*, p. I-2691 ; *AJDA* 1998. 801, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL ET G. DE BERGUES; *ibid.* 2000. 307, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL ET G. DE BERGUES; D. 1998. IR 165.

⁶⁸ LANQUETIN M.-T., *Discrimination, préc.*, spéc. p. 8, § 8.

⁶⁹ BOBBIO NOBERTA “Eguaglianza e liberta”, *Einaudi tascabili. Saggi*, 2009

⁷⁰ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

⁷¹ RIVERO J. « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Dalloz, Travaux de l'association H. Capitant (t. XIV, 1961-1962), 1966, p. 349.

⁷² PORTA JÉRÔME « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination. 2^{ème} partie », *Revue de droit du travail*, juin 2011, p. 355.

prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elles-mêmes, ce qui revient à affirmer tout simplement le principe de la régularité de l'application du droit en général. »⁷³ D'autre part, l'égalité *dans la loi* impose aux autorités nationales une implémentation. Elle impose au législateur d'adopter des règles qui ne violent pas le principe de l'égalité. C'est alors le contenu des règles juridiques qui est visé⁷⁴.

La conception formelle de l'égalité se fonde sur une vision des choses qui remonte à l'Antiquité, puisque la méthode est littéralement inspirée d'Aristote. Comme on a déjà souligné, ce dernier affirmait en effet que l'égalité consiste à traiter ceux qui sont égaux également et ceux qui sont inégaux, différemment. L'approche formelle part de l'idée que l'on traite également seulement les gens qui sont dans une situation identique. C'est-à-dire que, dans la mesure où les femmes sont différentes des hommes, cela justifie une différence dans leur traitement. Ainsi, l'inégalité salariale entre les hommes et les femmes est souvent justifiée par le fait que les femmes font un travail « différent » de celui des hommes. Cette vision exclut aussi tous les domaines de la vie où il n'y a pas d'équivalence entre l'expérience masculine et féminine, comme par exemple la grossesse, le harcèlement sexuel, la violence sexiste et l'avortement, la pornographie. Comme le résumait de façon très juste la grande juriste Catharine MacKinnon, avec l'approche formelle de l'égalité, « if men don't need it, women don't get it. »⁷⁵

De plus, cette approche traduit une vision des choses qui fait abstraction de la réalité sociale, économique et politique : on analyse l'égalité en fonction de la logique abstraite de la loi et on oublie complètement de regarder la réalité des rapports, par exemple, des hommes et des femmes, et le fait que l'inégalité soit le résultat de rapports de domination et de subordination. Ainsi, l'égalité n'a pas vraiment de sens lorsque certains individus n'ont même pas les moyens d'assurer à peu près correctement leurs conditions matérielles d'existence. Être tous traités de la même manière par la loi

⁷³ Kelsen H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, LGDJ, 1999, 2^e éd., p. 146.

⁷⁴ SWEENEY MORGAN, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse, Paris Ouest-Nanterre La Défense, 2010, spéc. p. 369 et s.

⁷⁵ MACKINNON CATHARINE, «Reflections on Sex Equality Italcer Law», (1991) 100 *Yale Law Journal*, cité dans Kathleen MAHONEY, «The Constitutional Law of Equality in Canada», (1992) *Main Law Rev.* 228, à la page 249.

(égalité formelle) ne signifie pas avoir tous les mêmes conditions matérielles d'existence (égalité réelle).

Selon une étude de la Commission européenne, l'égalité formelle présente, en résumé, trois grandes faiblesses : elle nécessite une comparaison avec un comparateur pour établir la discrimination, elle est essentiellement passive et statique et n'assure aucun résultat particulier et elle néglige les dimensions collectives inhérentes de l'inégalité telles que l'appartenance à un groupe, l'inégalité enracinée ou les réalités sociétales⁷⁶. L'égalité réelle ou concrète remédie à un grand nombre de ces faiblesses car elle met l'accent sur les résultats : elle ne nécessite pas de comparateur et elle tient compte des dimensions de groupe.

E. L'égalité réelle ou concrète

Contrairement à l'égalité formelle, l'égalité concrète tient compte de la condition des individus et de la réalité des faits, elle participe de la rationalisation du droit et permet à l'égalité de s'accomplir en supprimant les inégalités de fait. Cette idée de l'égalité a été incluse dans les instruments internationaux des Nations Unies telles que la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁷⁷, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁷⁸ ou la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées⁷⁹. Par exemple, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes définit la discrimination comme toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine.

⁷⁶ Commission européenne, « Au delà de l'égalité formelle. L'action positive au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, sous la direction de Marc de Vos, Manuscrit terminé en juin 2007.

⁷⁷ La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 21 Décembre, 1965

⁷⁸ La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée par la décision de l'Assemblée générale des Nations Unies 34/180 de Décembre 18, 1979

⁷⁹ La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées adoptée par la décision de l'Assemblée générale des Nations Unies 661 de Décembre 13, 2006.

Aussi, le droit européen cherche aujourd'hui à combiner les éléments tant formels que concrets de la notion d'égalité. Il n'exige plus simplement le même traitement de situations semblables et le traitement différent des situations différents. Il interdit également le traitement différent des personnes qui sont dans la même situation biotique et le traitement identique de ceux dont la situation biotique est différente⁸⁰.

Le droit à l'égalité réelle vise à créer les conditions qui permettent une intégration égale des personnes dans la vie politique, sociale et économique⁸¹. Il vise à modifier les structures sociales afin que personne ne puisse être exclu de la vie sociale, économique et politique parce qu'il appartient aux groupes tels que les femmes, les minorités ethniques, les homosexuels ou les personnes handicapées⁸².

Cependant, le concept de l'égalité réelle n'est pas uniforme⁸³. Un de ses aspects met l'accent sur les résultats en matière d'égalité, un autre aspect vise à faciliter l'épanouissement des personnes par le biais de l'équation des chances et le troisième aspect vise à combler les lacunes de l'égalité formelle à travers le principe de la dignité humaine.

a. L'égalité des chances

L'égalité des chances reflète une perception libérale de l'égalité. Elle est fondée sur l'idée de l'égalité distributive qui exige de prendre des mesures contre la discrimination structurelle qui peut placer les individus à un point de départ différent dans la vie⁸⁴. Cependant, l'égalité des chances se concentre sur les individus sur la même ligne de départ et souligne l'importance de donner aux individus des chances égales de réussir en utilisant leurs talents et leurs compétences. L'égalité des chances ne conduit pas à des résultats également égaux, par exemple, un revenu égal ou un statut

⁸⁰ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

⁸¹ BARNARD B, HEPPLER B. "Substantive Equality", Cambridge Law Journal 59 (3) 2000, p. 562, FREDMAN SANDRA, « Equality : A New Generation ? », Industrial Law Journal 2001 Vol. 30 , KOUKOULIS – SPILIOPOULOU S. "From formal to Substantive Gender Equality, Antonis n. Sakkoulas publications Athen/Komotini 2001.

⁸² DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination » Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

⁸³ BARNARD B, HEPPLER B. "Substantive Equality", Cambridge Law Journal 59 (3) 2000, p. 562

⁸⁴ CLIFFORD J. "Locating equality From historical philosophical thought to modern legal norms", The Equal Rights Review, 1/2008 p.11, et CLIFFORD J. "Equality" dans D. Shelton, The Oxford handbook of international human rights law, Oxford university Press, 2013 p. 420.

social égal. L'objectif d'égalité des chances est d'égaliser les conditions de départ des personnes, indépendamment de leur origine culturelle et de leur statut social⁸⁵.

Cela peut toutefois entraîner et reproduire des inégalités, à moins qu'il ne prenne aussi la forme d'une égalité positive des chances qui se retrouve dans les dispositions sociales ou autres mesures positives visant à remédier aux inégalités qui pèsent sur les groupes défavorisés ou sous-représentés⁸⁶. Selon, le Président américain Lyndon Johnson, il ne suffit pas d'ouvrir les portes de l'opportunité, tous nos citoyens doivent avoir la capacité de marcher à travers ces portes⁸⁷.

Ainsi, un sens substantiel de l'égalité des chances requiert que des mesures soient prises pour que les personnes de tous les secteurs de la société aient une chance véritablement égale de satisfaire aux critères d'accès aux droits et biens sociaux⁸⁸.

b. L'égalité des résultats

L'égalité des résultats vise avant tout à assurer une répartition plus équitable des prestations, alors que l'égalité formelle repose sur une notion d'équité procédurale découlant d'un traitement cohérent. L'égalité des résultats met l'accent sur les résultats plutôt que sur la ligne de départ, mais elle complète et soutient l'égalité des chances. Contrairement à l'égalité des chances, l'égalité des résultats a un contenu éthique et vise à rapprocher l'idée d'égalité de l'idée de justice distributive.

Cependant, la critique la plus importante concernant l'égalité des résultats est qu'elle se concentre sur les symptômes de l'inégalité et qu'elle n'en traite pas les causes profondes.⁸⁹ C'est-à-dire, qu'elle ne propose pas de mesures afin de promouvoir la gestion de la diversité à travers la transformation radicale des structures de la société⁹⁰. Ainsi, les mesures en utilisant le mécanisme des quotas constituent une perspective favorable, mais ne changent pas les attitudes et les structures de pouvoir qui ont causé

⁸⁵ PAPANDREOU MARIOS, "From policies against poverty to the human right not to be poor", wolf Legal Publishers (WLP) 2016

⁸⁶ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

⁸⁷ LYNDON B JOHNSON, Address at Howard University (4-6-1965) publié dans le " A Thernstrom Voting Rights, Another Affirmative Action mess (1996) 43 UCLA L Rev 203 I n 22 dans FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011.

⁸⁸ FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011.

⁸⁹ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

⁹⁰ FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011.

la représentation inégale des groupes qu'elles protègent. Selon Sadra Fredman⁹¹, il faut accepter que le préjudice de la discrimination ne se limite pas aux méfaits distributifs, mais s'étend aussi aux méfaits de la reconnaissance ou aux méfaits de l'estime de soi de l'individu. Pour certaines caractéristiques protégées, les méfaits de reconnaissance sont plus importants que les méfaits redistributifs : l'orientation sexuelle peut bien entrer dans cette catégorie. Ainsi, tout en offrant un antidote bienvenu à l'égalité de traitement, l'égalité des résultats peut être considérée comme étant, au mieux, un cadre partiel pour situer la législation anti-discriminatoire.

c. L'égalité en tant qu'expression de la dignité humaine

Les limites de l'égalité formelle ont conduit les tribunaux, les décideurs politiques et les théoriciens à chercher un noyau plus substantiel à la notion d'égalité. Le premier candidat fut la notion de dignité. La promotion de la dignité et de la valeur individuelles en tant que fondement des droits à l'égalité a été clairement exprimée dans un certain nombre de juridictions, que ce soit dans les documents constitutionnels ou statutaires ou dans les tribunaux. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada, qui a placé la dignité au centre du principe de l'égalité, est particulièrement importante à cet égard⁹². Ainsi, l'essence de la dignité humaine par l'égalité pourrait être exprimée dans la phrase souvent citée des motifs du juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*⁹³ de la Cour Suprême du Canada : « Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires alors que celles fondées sur les mérites et les capacités le sont rarement (p.174-175). » En outre, dans l'affaire *Law v. Canada* (Ministre de l'emploi et de l'immigration), la Cour a statué que la principale question était de savoir si la loi étudiée donnait à penser qu'une personne ne méritait pas ou n'était pas digne d'être une personne⁹⁴. Dans l'affaire *Gosselin v. Québec*⁹⁵, la Cour a également examiné le critère selon lequel la dignité d'un groupe était ou non appréciée au-dessus

⁹¹ FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011.

⁹² FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011

⁹³ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, p. 195; *Corbiere c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13.

⁹⁴ 1999 1 SCR 497 PAPANDREOU MARIOS, "From policies against poverty to the human right not to be poor", wolf Legal Publishers (WLP) 2016

⁹⁵ 2002 4 SCR 429 PAPANDREOU MARIOS, "From policies against poverty to the human right not to be poor", wolf Legal Publishers (WLP) 2016

de celle de l'autre, alors que dans l'affaire R v Kapp⁹⁶ elle a ajouté que la protection de l'égalité comme expression de la dignité humaine impliquerait l'abolition des distinctions créant un désavantage en perpétuant les préjugés ou les stéréotypes. Cette compréhension de l'égalité garantit à la dignité humaine une place centrale, car la dignité humaine est au cœur du concept de préjugés et de stéréotypes. Dans d'autres juridictions, la dignité est un pilier central du texte constitutionnel lui-même.⁹⁷

En outre, dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹⁸, la dignité joue un rôle particulièrement important. Non seulement la dignité est mentionnée dans le préambule mais, de plus, la Charte comprend un droit spécifique à la dignité, énoncé à l'article premier. La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et promue.

En outre, la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques⁹⁹ et le Pacte des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁰⁰ mentionnent explicitement la dignité humaine dans leurs préambules comme fondement des droits de l'homme¹⁰¹.

Il existe plusieurs façons concrètes dont la valeur de la dignité influe le développement du principe de l'égalité. Premièrement, la dignité crée un fondement substantiel au principe de l'égalité. Cela ne permet pas de faire valoir que le principe d'égalité est satisfait par un traitement tout aussi mauvais ou par la suppression d'un avantage d'un groupe avantagé. L'égalité fondée sur la dignité doit améliorer plutôt que diminuer le statut des individus¹⁰². Ainsi, la mise en œuvre du principe d'égalité à travers des mesures qui éliminent les avantages du groupe le plus favorisé est considérée comme contraire au principe de la dignité humaine¹⁰³.

⁹⁶ Supreme Court de Canada R v Kapp 2008, 2 SCR 483, para 17, PAPANDREOU MARIOS, "From policies against poverty to the human right not to be poor", Wolf Legal Publishers (WLP) 2016

⁹⁷ Par exemple en Afrique du Sud, en Allemagne, en Grèce, en Espagne et au Portugal. DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

⁹⁸ La Charte des droits fondamentaux de l'homme, proclamée à Nice en décembre 2000, est désormais intégrée dans le traité de Lisbonne

⁹⁹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, **Entrée en vigueur: le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49**

¹⁰⁰ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, **Entrée en vigueur: le 3 janvier 1976, conformément aux dispositions de l'article 27**

¹⁰¹ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

¹⁰² FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011.

¹⁰³ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

Aussi, la dignité humaine enrichit le droit d'égalité, car elle contribue à l'élargissement du champ de protection en fournissant des arguments pour justifier la reconnaissance de nouveaux motifs de discrimination interdits. Dans de nombreux documents relatifs aux droits de l'homme, la liste des groupes protégés contre la discrimination illégale peut être élargie par les tribunaux¹⁰⁴. Le concept de dignité permet une telle expansion d'une manière raisonnée¹⁰⁵.

En outre, une contribution significative de la dignité humaine est qu'elle permet à la loi de l'égalité de traiter certains cas de discrimination dont il est difficile d'identifier un comparateur afin de prouver une violation de la règle de l'égalité formelle qui exige le traitement égal des similaires¹⁰⁶. Cela a été particulièrement marquant en ce qui concerne le harcèlement sexuel. Vu que le harcèlement sexuel est uniquement lié au sexe, il n'est pas facile de répondre à la question de savoir si le harceleur aurait traité un homme de la même manière. L'égalité substantielle ne nécessite pas de comparateur : elle interdit simplement le harcèlement sexuel parce qu'il est incompatible avec le respect de la dignité et de l'humanité d'une femme. La dignité a été expressément introduite dans la définition légale du harcèlement sexuel¹⁰⁷ et du harcèlement fondé sur d'autres motifs de discrimination interdits¹⁰⁸, par le droit de l'Union européenne.

F. Les objectifs de l'égalité concrète

De ce qui est exposé ci-dessus il s'ensuit que l'égalité est un concept multidimensionnel qui a divers objectifs. Selon Sadra Fredman, le principe de l'égalité réelle combine les principes de justice distributive avec les principes de reconnaissance¹⁰⁹. Ainsi, elle cherche à mettre en œuvre les quatre objectifs suivants : l'élimination des désavantages, la reconnaissance, la gestion de la diversité et de la participation¹¹⁰.

¹⁰⁴ Par exemple, la Cour suprême du Canada a statué que la décision quant à savoir si la garantie d'égalité prévue par la Charte canadienne des droits empêche la discrimination fondée sur un motif qui n'est pas spécifiquement énuméré doit être tranchée en examinant la mission principale de la garantie d'égalité.

¹⁰⁵ FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011.

¹⁰⁶ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA "Droit comparé et droit européen de la non-discrimination, Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

¹⁰⁷ Directive 2006/54 de l'Union européenne, article 2 (1).

¹⁰⁸ Directives 2000/43 et 2000/78.

¹⁰⁹ FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011.

¹¹⁰ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

a. L'élimination des désavantages

Contrairement à l'égalité formelle, l'égalité substantielle reconnaît que ce n'est pas tant le statut d'un individu ou l'identité de groupe qui est le problème, mais les conséquences préjudiciables attachées à ce statut. Ainsi, au lieu de viser à traiter tout le monde de la même façon, quel qu'en soit le statut, l'égalité substantielle s'applique au groupe qui a souffert d'un désavantage : aux femmes plutôt qu'aux hommes, aux noirs plutôt qu'aux blancs, aux personnes handicapées plutôt qu'aux personnes non handicapées, aux homosexuels plutôt qu'aux hétérosexuels. Selon Sadra Fredman, le premier objectif de l'égalité réelle est donc de corriger le désavantage subi en raison d'un motif protégé. Le but d'éliminer les inconvénients plutôt que d'atteindre la neutralité présente de nombreux avantages. Le plus important est qu'il permet de concilier l'action positive avec l'objectif d'égalité. De plus, il permet de montrer les liens entre les inégalités distributives qui ont été traditionnellement considérées comme le terrain de l'État-providence ou les droits socio-économiques et le droit de la discrimination.

Toutefois, la focalisation sur les désavantages entraîne également le défi de préciser la nature du désavantage. Le désavantage est plus facilement compris dans le contexte de la redistribution des ressources et des avantages. Il s'identifie à la sous-représentation dans les emplois, au sous-paiement du travail, aux restrictions à l'accès au marché, à la propriété ou aux ressources similaires. Cependant, cette facette de l'égalité substantielle ne doit pas se limiter à un paradigme distributif.

Selon un point de vue¹¹¹, le concept de désavantage devrait être étendu afin d'inclure dans son contenu, au-delà de la répartition inéquitable des ressources, toutes ces contraintes qu'imposent à la population les structures du pouvoir en raison de leur participation à des groupes sociaux, qui sont établis par référence aux diverses caractéristiques identitaires. Selon Sadra Fredman,¹¹² une telle extension est inutile parce que l'approche multidimensionnelle de l'égalité réelle ne cherche pas seulement à éliminer les inconvénients subis par les personnes en raison de leurs caractéristiques d'identité, mais a en outre été conçu pour répondre à la demande de reconnaissance à

¹¹¹ SENN AMARTYRA "Inequality Reexamined", Oxford University Press 1992, NUSSBAUM MARTHA "Women and Human Development, The Capabilities Approach", Cambridge University Press, 2000 Frontiers of justice, Disabilities, Nationality, Species Membership 2006, FRASER NANCY and HONNETH AXEL "Redistribution or Recognition", 2003.

¹¹² FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011.

laquelle prétendent, par le biais de leurs luttes, les individus et les leurs groupes identitaires¹¹³.

b. La réponse à la demande de reconnaissance

Même dans son sens le plus large, le désavantage ne couvre pas toutes les inégalités. La stigmatisation, les stéréotypes, l'humiliation et la violence en raison du sexe, de la race, du handicap, de l'orientation sexuelle ou de tout autre statut peuvent être vécus indépendamment de leur désavantage relatif. Pour cette raison, le second objectif principal de l'égalité réelle est de satisfaire à la demande de reconnaissance de l'égalité. En d'autres termes, de promouvoir pour tous l'égal respect et dignité. L'égalité s'attache à tous les individus, non pas à cause de leur mérite, de leur rationalité, de leur citoyenneté ou de leur appartenance à un groupe particulier, mais en raison de leur humanité. Les individus ne devraient pas être humiliés ou dégradés par le racisme, le sexisme, la violence ou d'autres préjugés fondés sur le statut.

Mais, la notion de reconnaissance ne concerne pas seulement la personne abstraite. Outre le fait de contenir l'acceptation et le respect de l'identité des personnes comme élément de leur personnalité, elle inclut également le respect et l'acceptation des identités différentes qu'amènent les différents groupes auxquels appartiennent les personnes. Par conséquent, un autre objectif de l'égalité réelle consiste à renforcer l'identité des individus et de leurs groupes. Ainsi, l'égalité individuelle devrait être mise en œuvre en association avec l'égalité collective. Par conséquent, les groupes identitaires sont tenus de traiter avec le même respect tout le monde. Ils ne peuvent pas se soustraire à cette obligation en alléguant des valeurs et des principes découlant de leur identité¹¹⁴.

c. L'adaptation à la diversité à travers les changements et les adaptations structurelles

Le troisième objectif de l'égalité substantive consiste à respecter et à prendre en compte la différence, en supprimant le préjudice mais non la différence elle-même. Cela

¹¹³ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

¹¹⁴ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

signifie à son tour que les structures sociales existantes doivent être modifiées pour tenir compte de la différence, plutôt que d'obliger les membres de groupes à se conformer à la norme dominante¹¹⁵. Ainsi, cet objectif est atteint par des mesures visant à renforcer les individus et leurs groupes identitaires afin qu'ils soient en mesure de faire des choix véritables¹¹⁶.

Le temps de travail, par exemple, a été aménagé dans les sociétés occidentales sans tenir compte des responsabilités familiales des travailleurs. Ainsi, les femmes qui voulaient travailler ont été contraintes soit de ne pas avoir d'enfants ou de confier la garde de leurs enfants à des tiers ou d'autres membres de la famille. La situation, cependant, a tendance à changer avec la contribution de l'égalité réelle qui exige l'adoption de mesures qui visent à concilier la vie familiale et la vie professionnelle pour les deux sexes. Aussi, des mesures appropriées ont été prises au nom de l'égalité réelle afin d'adapter le lieu de travail aux besoins des personnes handicapées ou d'aligner les vacances ou les codes vestimentaires de l'entreprise et de l'école sur les besoins des personnes appartenant à des groupes religieux ou ethniques.

Cependant, adapter les structures sociales à la diversité des groupes soulève de nombreuses controverses. La première question est celle de connaître le coût financier que représente la réalisation de cet objectif et dans quelle mesure l'État et les employeurs doivent le supporter. Sadra Fredman souligne que l'argument selon lequel les ajustements de la diversité coûtent cher mène à confusion, car ce coût existe toujours et, le plus souvent, il est pris en charge par les groupes défavorisés. D'ailleurs, personne ne se plaint en raison du coût des particularités des groupes qui dominent une société et qui pèse sur tous les citoyens. Selon Sadra Fredman, l'égalité réelle cherche ainsi à redistribuer ces coûts de manière plus équitable¹¹⁷.

La deuxième question soulevée par la demande d'adaptation des structures sociales à la diversité est de savoir si et dans quelle mesure une société doit reconnaître les cultures étrangères lorsque leurs institutions et leurs pratiques sont radicalement différentes de ses propres croyances religieuses et culturelles. Comme l'a souligné par Sadra Fredman, les pratiques religieuses et culturelles qui portent atteinte à la dignité

¹¹⁵ FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011.

¹¹⁶ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

¹¹⁷ FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011.

humaine ne peuvent être acceptées au nom de l'adaptation des structures sociales à la diversité des groupes¹¹⁸.

d. La participation à la vie sociale et politique

Le quatrième but de l'égalité réelle consiste à assurer la participation à la société. Un premier aspect de la participation concerne le champ politique. La participation politique permet aux individus de participer aux procédures qui établissent les règles de droit qui les concernent. L'affirmation du principe de l'égalité est également nécessaire en ce qui concerne le mode de participation à la vie politique, car il est évident que les gens ne peuvent pas participer aux décisions politiques si ne leurs sont pas préalablement garantis certains droits fondamentaux de survie et de l'éducation et si les joueurs de pouvoir politique ne les reconnaissent pas¹¹⁹.

La participation n'est cependant pas limitée à la participation politique. Elle fait également référence à l'importance de la communauté dans la vie des individus. Plutôt que de renvoyer à l'individu universel et abstrait de l'égalité formelle, l'égalité substantielle reconnaît que les individus sont essentiellement sociaux. Être pleinement humain comprend la capacité de participer, à conditions égales, à la communauté et la société en général. Ainsi, la redistribution de l'égalité vise à garantir le principe de la participation égale des citoyens au marché du travail. La participation aux domaines de l'éducation et de la santé est également importante.

La dimension participative de la loi sur l'égalité présente plusieurs aspects pratiques. Pour les personnes âgées, par exemple, la capacité de participer à la vie de la communauté est une demande centrale. Pour parvenir à une participation égale, il convient donc d'accorder une attention particulière à des questions telles que la suffisance des transports, l'accessibilité des activités communautaires et les possibilités de travail bénévole. Cela a aussi des conséquences sur le fossé entre le secteur public et le secteur privé, exigeant une participation égale à la fois à la vie familiale et à la vie publique, tant pour les hommes que pour les femmes¹²⁰.

¹¹⁸ FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011.

¹¹⁹ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

¹²⁰ FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011.

G. Les formes de discrimination du point de vue des différents aspects de l'égalité.

a. La discrimination directe

Une discrimination directe se produit lorsque, en lien avec des motifs sur la base desquels il est interdit de prendre une décision, une personne est traitée de manière moins favorable, dans une situation comparable, pas seulement identique, qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait¹²¹. La discrimination directe est conçue pour satisfaire au principe de l'égalité formelle qui exige l'égalité de traitement des similaires. Son application est affaiblie par les mêmes obstacles et les mêmes limites qui affaiblissent le principe de l'égalité formelle.

En tout premier lieu, pour qu'une discrimination soit qualifiée de discrimination directe il est nécessaire qu'elle soit défavorable. C'est-à-dire, d'avoir pour objet ou l'effet d'imposer, à des individus ou à des groupes, des charges, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou de limiter l'accès des personnes ou des groupes à certaines possibilités ou avantages. Il convient toutefois de noter que ce traitement infavorable n'est pas toujours nécessairement réel. Il peut être également hypothétique. La CJCE a accepté une telle possibilité dans l'affaire Firma Feryn¹²² concernant la déclaration publique d'un employeur qu'il ne recruterait pas d'employés d'une certaine origine ethnique ou raciale. Dans ce cas, aucune personne n'avait touchée par la déclaration de l'employeur en question. La Cour a estimé que « l'absence de plaignant identifiable ne permet pas de conclure à l'absence de toute discrimination directe au sens de la directive ». En effet, « *la promotion d'un marché du travail favorable à l'insertion sociale serait difficilement atteinte si elle se limitait aux seules hypothèses où un candidat malheureux à un emploi intenterait des poursuites à l'encontre de l'employeur sur base d'une discrimination* ». En outre, de telles déclarations sont de nature à dissuader sérieusement certains candidats à déposer leur candidature.

¹²¹ En France la commission mixte paritaire, à la demande des sénateurs, a retenu l'introduction du futur antérieur « ne l'aura été », clarifiant le texte au regard de son champ d'application large dans le temps et évitant la transposition du conditionnel « ne le serait » figurant dans les directives.

¹²² Affaire C- 54/07 Firma Feryn NV.

En outre, un des problèmes majeurs auquel l'on est confronté en abordant la discrimination directe consiste en ce que sa preuve dépend de l'invocation d'un comparateur. Ainsi, l'interdiction de la discrimination directe signifie que deux personnes dans une situation similaire, et qui diffèrent par au moins une caractéristique d'identité, devraient bénéficier du même traitement parce que cette caractéristique ne peut pas être un critère de différenciation des individus. Cependant, ce suivi est difficile, d'une part, parce qu'il arrive souvent dans une entreprise ou dans une profession que tous les employés appartiennent à un groupe relevant d'un motif interdit. Et, d'autre part, parce que la loi de non-discrimination ne prévoit pas de critères pour déterminer quelles sont les similitudes et les différences entre les personnes susceptibles d'être suffisamment importantes pour justifier des traitements identiques ou différents. L'identification du comparateur est donc un processus complexe qui implique des jugements et qui ne conduit pas toujours à un résultat par avance vérifiable¹²³.

La législation de l'Union européenne a atténué ces difficultés. Les directives adoptées en vertu de l'article 13 du Traité envisagent toutes les possibilités dans la définition même de la discrimination prohibée. La directive 2000/78 énonce en effet qu'« *une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er}.* » L'emploi du conditionnel indique qu'il est possible de se référer un comparateur hypothétique. Le comparateur hypothétique facilite la preuve dans les affaires où il est difficile de trouver un comparateur réel.

Cependant, il existe des cas où le comparateur est impossible à trouver. Pour cette raison, des tribunaux tels que la Cour de Cassation française et la Cour suprême du Canada ont dégagé la notion de discrimination de comparaison. Elles considèrent que le terme discrimination ne signifie pas un traitement moins favorable fondé sur un critère prohibé. Ce terme exprime simplement la discrimination fondée sur un critère prohibé, à savoir un traitement qui place la personne dans une situation désavantageuse à cause de ses caractéristiques protégées par le droit. Toutefois, la CJCE a accepté cette solution dans certains cas, comme dans les cas relatifs à la grossesse et le congé de

¹²³ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

maternité¹²⁴. Un autre cas où le droit communautaire ne nécessite pas l'invocation d'un comparateur est celui du changement de sexe. En outre, la législation européenne a dégagé une preuve de discrimination en invoquant un comparateur en cas de harcèlement sexuel.

En outre, la discrimination directe nécessite un lien direct entre le traitement moins favorable et la caractéristique protégée qui est la cause de ce traitement. Un lien direct de causalité existe quand la discrimination découle directement de la caractéristique protégée, sans la médiation d'autres incidents.

Enfin, il convient de noter qu'une des caractéristiques de la discrimination directe est également qu'elle met l'accent sur les causes du comportement incriminé et non pas à ses résultats. La discrimination directe existe quand un traitement moins favorable dû à des causes spécifiques. Donc, la preuve d'une discrimination directe nécessite une reserche de ces causes.

b. La discrimination indirecte

La législation de l'Union européenne ainsi que celle de la CEDH reconnaissent que la discrimination ne relève pas uniquement de la différence de traitement entre les personnes qui sont dans une situation similaire : elle provient également du traitement identique des personnes qui sont dans des situations différentes. Ces discriminations sont appelées indirectes parce que ce qui les caractérise n'est pas tant le fait qu'elles introduisent un traitement différent des personnes, mais que leurs effets sont vécus différemment par des personnes portant des caractéristiques différentes¹²⁵.

Le concept de discrimination indirecte a été d'abord formé aux États-Unis par la l'arrêt *Griggs v. Duke Power Co*¹²⁶. Cet arrêt, rendu en 1971, est considéré comme réellement fondateur de la doctrine de l'effet disparate. Celle-ci se fonde sur la section 703(a) du Titre VII du *Civil rights Act* de 1964 pour proscrire la discrimination raciale

¹²⁴ Affaire C-120/95, *Nicolas Decker contre Caisse de maladie des employés privés*, Arrêt de la Cour du 28 avril 1998.

¹²⁵ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

¹²⁶ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 422 (1971)

en matière d'emploi. En l'espèce, dans les années 1950, la compagnie *Duke Power* n'autorisait les Afro-Américains à travailler que dans le département du Travail, ce qui impliquait pour eux l'occupation des postes les moins bien rémunérés de l'entreprise. En 1955, elle mit également en place une condition de diplôme et de score suffisant à des tests d'intelligence pour être recruté ou transféré aux postes les mieux rémunérés. Après la promulgation du *Civil Rights Act* de 1964, elle fut contrainte d'abandonner sa politique raciale de l'emploi mais elle maintint les conditions de diplôme et de test d'intelligence. Les plaignants remettaient en cause ces conditions qui avaient un impact négatif sur l'accès des Afro-Américains aux postes élevés de la compagnie. La Cour suprême leur donna raison en affirmant l'illégalité des conditions exigées par l'entreprise dès lors qu'elles ne visaient pas directement à mesurer les capacités des candidats à exercer l'emploi en question, et ce en dépit de leur neutralité formelle sur le plan racial. Le Président de la Cour suprême, le *Chief Justice* Burger, écrit au nom de la Cour dans l'opinion majoritaire que la promulgation du Titre VII du Civil Rights Act avait pour but d' « atteindre l'égalité des opportunités d'emploi et de supprimer les barrières qui opéraient dans le passé pour favoriser un groupe identifiable d'employés blancs aux dépens des autres. Sous la Loi (sur les droits civiques), les pratiques, procédures ou tests, neutres en apparence ou même neutres en termes d'intention, ne peuvent être maintenus s'ils opèrent pour « geler » le statu quo des pratiques de recrutement discriminatoires antérieures » (Tobler, 2005, p.93). Le président de la Cour poursuit en expliquant que le législateur n'entendait pas « prévoir l'égalité des chances simplement au sens de l'offre légendaire du lait à la cigogne et au renard », mais plutôt que « le récipient dans lequel le lait est offert par l'un est à la disposition de tous ceux qui le demandent. La loi n'interdit pas seulement la discrimination déclarée, mais aussi les pratiques qui sont justes dans la forme, mais discriminatoires dans leur fonctionnement ». Dans cette image éloquent, le président Burger fait référence à une fable d'Ésope du vi^e siècle av. J.-C. qui met en scène un renard invitant à dîner une grue mais lui servant le repas dans une assiette plate, la mettant ainsi dans l'impossibilité de manger en raison de son long bec. En retour, la grue l'invita à manger en servant le repas dans un long récipient à la forme étroite pour empêcher le renard de se rassasier. La fable devint une image célèbre de l'iniquité pouvant résulter d'un traitement qui, sur la forme, est égal ou identique. La décision *Griggs* ainsi que le raisonnement développé par Burger dans l'opinion majoritaire de la Cour suprême ont eu une influence directe sur les législations et

jurisprudences adoptées sur le continent européen en matière de discrimination. Elle eut également un impact considérable sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) et, par extension, sur le droit européen en général.

En Europe, c'est la Cour de Justice des Communautés Européennes qui va distinguer, pour la première fois dans l'ordre juridique communautaire, une discrimination directe et indirecte, notamment dans son interprétation de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité (aujourd'hui art. 39 du traité CE), de la libre circulation des travailleurs (*Ugliola, Sotgiu*) et de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes (*Jenkins, Bilka*)¹²⁷.

Les définitions de la discrimination indirecte que la CJUE a fournies dans ses arrêts vont évidemment influencer les décisions des juridictions nationales en matière de non-discrimination. Elles vont surtout contribuer à l'élaboration des définitions claires et explicites de la discrimination indirecte contenues dans les directives de 1997 et 2000. Les directives 2000/43 et 2000/78 prévoient un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique, pour la première, et un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, pour la seconde.

Selon la définition introduite par la directive 2000/43 une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

Sur la base de la définition ci-dessus, la discrimination indirecte nécessite, tout d'abord, une disposition, un critère ou une pratique neutre à première vue. Autrement dit, elle nécessite une condition qui est appliquée à tout le monde. Le deuxième élément permettant d'établir l'existence d'une discrimination indirecte est la disposition, le critère ou la pratique qui est apparemment neutre et crée un désavantage pour un groupe

¹²⁷ Affaire 15/69, *Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG/Salvatore Ugliola* (1969), Recueil 363, Affaire 152/73, *Giovanni Maria Sotgiu/Deutsche Bundespost* (1974), Recueil 153. Affaire 96/80, *J.P. Jenkins/Kinsgate (Clothing Productions) Ltd* (1981), Recueil 911, Affaire 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH/Karin Weber von Hartz* (1986), Recueil 1607. L'arrêt *Sotgiu* (1974) est considéré comme fondateur de la doctrine de la CJUE en matière de discrimination indirecte, notamment parce que la Cour donne ici une définition générale de la notion qui ne se limite pas au champ de la liberté de circulation des travailleurs.

portant une caractéristique protégée. Ainsi, contrairement à la discrimination directe, la discrimination indirecte se concentre uniquement sur les différents effets.

Ensuite, la notion de discrimination indirecte va mener à une sorte de présomption de discrimination, mais qui pourra être renversée par la preuve du contraire. Pour pouvoir retenir la discrimination indirecte, il ne sera pas nécessaire que des personnes soient effectivement désavantagées, le simple risque d'exposition suffit.

Cependant, la principale caractéristique de la discrimination indirecte, qui la distingue de la discrimination directe, est son caractère collectif.

La constatation de la discrimination indirecte suppose la création de groupes de comparaison. Cette comparaison doit prouver qu'une disposition ou une pratique apparemment neutre donne lieu à des désavantages pour les personnes d'un sexe ou d'une certaine origine raciale ou ethnique, d'un certain âge ou d'une certaine orientation sexuelle. Mais, comme le concept vise à la « neutralité » des pratiques de travail, il couvrira facilement les situations où le groupe défavorisé est composé de manière entièrement homogène du point de vue d'un critère connu. Ainsi, le lien de causalité entre le motif interdit et le traitement désavantageant peut être établi de manière convaincante. Mais, un tel résultat ne se réfère pas, à chaque fois, à 100% à un groupe particulier. Ainsi, le lien de causalité sera difficile à prouver. Le recours au critère statistique¹²⁸ a connu des difficultés de mise en œuvre. Ensuite, il a évolué¹²⁹. La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi pu montrer qu'il n'était pas toujours nécessaire de quantifier le nombre de personnes concernées, et les directives 2000 et 2002 ont retenu une pluralité de critères pour révéler le désavantage subi, parmi lesquels le critère statistique devient secondaire (point 15 des considérants des directives n° 2000/43/CE ou n° 2000/78/CE).

En outre, pour que la discrimination indirecte soit qualifiée, l'effet disproportionné subi par les personnes d'un groupe protégé ne doit pas être « objectivement justifié ». C'est le juge qui apprécie, au cas par cas, l'effet de la mesure qui opère et sa justification. Le juge effectue un double contrôle : celui de la légitimité du but poursuivi par la mesure et celui de la nécessité et de la proportionnalité des

¹²⁸ CJCE 27 octobre 1993, affaire C-127/92, Rec. CJCE, p. I-5535 ; Cour suprême des États-Unis, arrêt Griggs 1971.

¹²⁹ Arrêt Danfoss (affaire C-109/88), arrêt Enderby (CJCE 27 octobre 1993, affaire C-127/92), arrêt Seymour c/ Régina (CJCE 9 février 1999, affaire C-167/97, Rec. CJCE, p. I-622), affaire Specialarbejder forbundet i Danmark c//Dansk industri (CJCE 31 mai 1995, affaire C-400/93, Royal Copenhagen, Rec. CJCE, p. I-1275)

moyens mis en œuvre pour atteindre ce but. Plus la mesure impacte de manière négative un groupe protégé, plus ce contrôle sera sévère, et moins l'effet disproportionné pourra être justifié.

Enfin, l'interdiction de la discrimination indirecte, fondée sur l'égalité réelle, a deux objectifs. Le premier objectif est de répondre au risque de contournement de la législation de l'interdiction de la discrimination et le second objectif est d'adapter la loi de non-discrimination à la réalité sociale¹³⁰.

c. Le harcèlement et le harcèlement sexuel

Le traitement juridique du harcèlement sexuel a commencé aux États-Unis au cours des années 1980, grâce à la mobilisation du mouvement féministe. Les féministes américaines réussirent à faire valoir que le harcèlement sexuel relevait du titre VII de la loi sur les droits civiques (*Civil Rights Act*) de 1964¹³¹. Les premières actions judiciaires pour discrimination sexuelle invoquant ce texte se focalisaient sur l'égalité d'accès à l'emploi, l'égalité dans l'ancienneté et l'égalité salariale. Ce n'est qu'au milieu des années 1970 que des juristes féministes se mirent à défendre l'idée que le harcèlement sexuel constituait aussi une forme de discrimination sexuelle¹³². En 1975, Catharine MacKinnon fit circuler le manuscrit de son ouvrage *Sexual Harassment of Working Women*, où elle affirmait que le harcèlement sexuel devait être considéré comme un préjudice touchant une certaine catégorie d'individus (généralement des femmes) en raison de leur sexe. Elle expliquait que cette dimension était obscurcie lorsque l'on accordait des dommages et intérêts en faisant valoir des raisons morales et la « délicatesse » des femmes¹³³. Selon elle, seule une législation antidiscriminatoire, conçue pour transformer la société afin de prévenir la récurrence des comportements discriminatoires, pouvait exprimer clairement que le harcèlement sexuel est un

¹³⁰ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

¹³¹ Ce texte dispose que, dans les entreprises d'au moins quinze salariés, l'employeur ne peut « manquer ou refuser d'embaucher un individu, le licencier ou le discriminer eu égard à sa rémunération, aux termes, conditions et prérogatives de son contrat de travail, en raison de sa race, de sa couleur, de sa religion, de son sexe ou de son origine nationale. »

¹³² Farley, 1978 ; Ginsburg et Koreski, 1977 ; MacKinnon, 1979 ; McGee, 1976 ; Mich, 1978 ; Minn, 1979 ; Seymour, 1979 ; Taub, 1980

¹³³ MACKINNON Catharine, 1979, *Sexual harassment of working women*, New Haven et Londres, Yale University Press, p. 172

préjudice visant une catégorie d'individus.¹³⁴ En présentant le harcèlement sexuel comme une forme de discrimination fondée sur le sexe, les féministes américaines firent converger cette nouvelle question et celle de la discrimination raciale, dont la légitimité sociale avait été construite par le mouvement des droits civiques.

La première victoire judiciaire des féministes survint en 1977, lorsque les trois juges d'appel du procès *Barnes contre Costle*¹³⁵ infirmèrent le jugement de la Cour de district et statuèrent que le harcèlement sexuel constituait une discrimination sexuelle au travail. En 1982, la Cour d'appel de la onzième circonscription judiciaire statua, dans l'affaire *Henson contre la ville de Dundee*¹³⁶, que les nombreuses et humiliantes « questions et grossièretés » de nature sexuelle endurées par la plaignante, chef de la police de Dundee, où elle travaillait, créaient un « environnement professionnel hostile » qui constituait une discrimination.

Afin de punir le harcèlement sexuel en vertu du titre VII, les juristes, avocats et juges durent arguer que le harcèlement sexuel est une forme de discrimination sexuelle au travail. Ce faisant, ils insistèrent sur deux aspects 1) les répercussions négatives du harcèlement sur l'emploi de la personne harcelée, et 2) le fait que le comportement du harceleur était motivé ou se traduisait par une discrimination sexiste. L'argument dominant, dans cette optique, est que le harcèlement sexuel constitue une violation des principes d'égalité formelle, puisque les membres d'un sexe (généralement les femmes) sont pris pour cible de maltraitances en raison de leur sexe¹³⁷.

L'adoption du *Civil Rights Act* de 1991¹³⁸ permit aux tribunaux d'accorder des dommages et intérêts punitifs et compensatoires pour les « pertes financières, les douleurs émotionnelles, la souffrance, l'inconfort, l'angoisse mentale, la perte de joie de vivre, et d'autres pertes non financières » dans les procès pour harcèlement sexuel. L'amendement de 1991 donna aussi aux plaignants le droit à un procès avec jury et, plus généralement, renforça le droit sur le harcèlement sexuel en vertu du titre VII. En outre, le système américain, peut inclure non seulement des dommages et intérêts compensatoires qui indemnisent la victime pour le préjudice subi, mais aussi des

¹³⁴ MACKINNON Catharine, 1979, *Sexual harassment of working women*, New Haven et Londres, Yale University Press, p. 172

¹³⁵ *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (d.c. Cir. 1977).

¹³⁶ *Henson v. City of Dundee*, 682 F.2d. 897

¹³⁷ FRANKE Katherine, 1997, « What's wrong with sexual harassment ? », *Stanford Law Review*, 49, nr 4, pp. 691-772.

¹³⁸ Civil Rights Act de 1991, 42 usc § 2000e-5(k) (1991)

dommages et intérêts punitifs. Ces derniers, sont censés punir l'accusé, mais sont versés à la victime, et non au gouvernement fédéral ou à l'État.

En 1993, l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Harris contre Forklift Systems*¹³⁹ élargissait la définition du harcèlement sexuel en tant que création d'un environnement hostile, en précisant que le comportement du harceleur ne devait pas nécessairement avoir de conséquences économiques tangibles pour relever de cette catégorie de délit. La Cour concluait qu'il n'existait pas de critère précis pour mesurer qu'un environnement est hostile et affirmait que le plaignant devait établir : 1) que le comportement avait objectivement créé un environnement hostile ou outrageant, tel qu'une « personne raisonnable » (un terme juridique se référant à un individu théorique de sensibilité moyenne) le trouverait hostile et 2) qu'elle ou il avait personnellement trouvé ce comportement outrageant.

En 1998, la Cour suprême rendit deux décisions clarifiant les conditions de responsabilité de l'employeur dans les cas de harcèlement sexuel en vertu du titre VII. Dans les affaires *Burlington Industries contre Ellerth*¹⁴⁰ et *Faragher contre la ville de Boca Raton*¹⁴¹, elle statua que lorsque le harcèlement avait « une répercussion concrète sur le travail, telle qu'un licenciement, une rétrogradation ou une réaffectation non souhaitée », la responsabilité de l'employeur était entière. S'il n'y avait pas eu de conséquence concrète, l'employeur pouvait se défendre en prouvant : 1) qu'il avait pris « des précautions raisonnables pour prévenir et corriger rapidement tout comportement relevant du harcèlement sexuel », par exemple en adoptant des règles efficaces et une procédure pour traiter les plaintes et 2) que le/la salarié-e avait « déraisonnablement manqué de recourir aux solutions préventives ou correctives mises en place ». Ce jugement place la charge de la preuve sur l'employeur, qui doit prouver chacun de ces points, et l'oblige à mettre en place des procédures efficaces de traitement des plaintes et des formations pour que sa responsabilité soit dégagée.

Au cours des débats législatifs, l'Union européenne se révéla une précieuse alliée. En 1976, elle avait émis la directive sur l'égalité des sexes au travail¹⁴². En 1987, elle commanda un rapport sur le harcèlement sexuel dans les États membres¹⁴³. En

¹³⁹ 510 us 17 (1993)

¹⁴⁰ 524 us 742 (1998)

¹⁴¹ 524 us 775 (1998)

¹⁴² 76/207/CEE

¹⁴³ RUBINSTEIN Michael, 1987, « La dignité des femmes dans le monde du travail : Rapport sur le problème du harcèlement sexuel dans les États membres des Communautés européennes », Bruxelles.

1991, l'Union européenne leur recommanda de prendre des mesures contre le harcèlement sexuel, en proposant une définition très proche de celle de l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) américaine. Comme la directive de l'*Equal Employment Opportunity Commission*, la définition européenne présente le harcèlement sexuel comme un agissement indésirable du point de vue de la victime. Les deux textes reconnaissent à la fois les comportements qui ont des répercussions professionnelles concrètes et ceux qui créent un climat hostile ou intimidant. Les deux admettent aussi que le harcèlement peut être le fait de collègues autant que de supérieurs hiérarchiques. Comme aux États-Unis, les acteurs sociaux de l'Union européenne justifiaient la recommandation sur le harcèlement sexuel en insistant sur le lien entre celui-ci et la discrimination sexiste, en grande partie parce que, dans le cadre de la clause d'égalité du traité de Rome, l'Union européenne n'avait le droit de faire des recommandations aux États nations que dans le domaine économique. L'Union européenne a justifié son intervention au nom de la protection de la « dignité », un thème absent des débats juridiques américains¹⁴⁴.

Il convient toutefois de noter que, bien que les deux approches du harcèlement, c'est-à-dire, l'approche européenne qui le considère comme une atteinte à la dignité humaine, et l'approche anglo-américaine¹⁴⁵ qui en traite par le biais de son droit de non-discrimination, présentent des points aussi bien positifs que négatifs¹⁴⁶. L'inconvénient de la première est qu'elle est à peine perceptible. Celui de la seconde est qu'elle est sanctionnée par des peines tantôt légères, tantôt sévères. Mais la dignité, comme moyen de lutte contre le harcèlement présente l'avantage que, découlant de la nature humaine, elle est appliquée à chaque personne et permet de surmonter les problèmes engendrés par la recherche d'un comparateur.

Cependant, la loi de l'Union européenne a réussi à concilier les deux approches avec les directives 2000/43 et 2000/78. La directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 vise à combattre les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique. La directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 entend assurer l'égalité en matière d'emploi et de travail en prohibant les discriminations fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle. Chacune énonce, en son article 2, § 3: « Le

¹⁴⁴ SAGUY ABIGAIL « Les conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux États-Unis ».

¹⁴⁵ Les solutions de la loi américaine sont été adoptées par le Royaume-Uni.

¹⁴⁶ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1^{er} lorsqu'un comportement indésirable lié aux critères en cause se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres. » Ce règlement établit un lien étroit entre la dignité et la discrimination. Aussi, avec cette disposition, la loi de non-discrimination de l'Union européenne a acquis une portée plus large. Elle pourrait interdire non seulement le traitement inégal fondé sur un motif de discrimination illicite, mais aussi interdire les mauvais traitements directement liés à ces motifs¹⁴⁷.

d. Les mesures positives ou la discrimination positive

Les mesures positives sont des mesures *destinées à permettre le rattrapage de certaines inégalités en favorisant un groupe par rapport à un autre, en transgressant de façon temporaire le principe de l'égalité de traitement et/ou d'égalité des chances*¹⁴⁸. Elles établissent un traitement différencié selon les groupes de personnes, en se basant sur des critères normalement interdits par la loi afin de corriger des situations inégalitaires. Selon J. Porta¹⁴⁹ « ces mesures de différenciation positive, qui visent à imposer un traitement de faveur de certaines catégories de personnes au nom de la lutte contre les discriminations, ont souvent été interprétées comme des exceptions à l'égalité, que pourtant elles ont l'objet de mettre en œuvre. »

Les mesures positives supposent une situation inégalitaire que l'on souhaite corriger et l'utilisation de critères normalement interdits. Ils doivent être justifiés par un objectif légitime et les moyens mis en place pour réaliser cet objectif doivent être appropriés et nécessaires. La jurisprudence européenne cherche l'équilibre des intérêts en jeu, la conciliation de la licéité des mesures correctrices et du respect du principe d'égalité. C'est des chances qui doivent être visées. Donc, les mesures positives sont associées à une notion de l'égalité plus substantielle, fondée sur les résultats.

¹⁴⁷ DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

¹⁴⁸ Pete Stone et Hédia Zannad « La discrimination positive : contenu et débat », in *L'Encyclopédie des Diversités*, dirigé par Jean-Marie Peretti à paraître le 2 novembre 2011 aux éditions EMS.

¹⁴⁹ PORTA JÉRÔME, « Égalité, discrimination et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination 1^{re} partie », *Revue de Droit du travail*, p. 290.

Dans les systèmes juridiques des États-Unis, du Royaume-Uni et de la France les mesures positives sont appelées discrimination positive et action positive.

e. La discrimination systémique

La ressource que constitue la discrimination indirecte, en tant que concept et méthode, peut permettre de mieux voir et de remettre en cause les discriminations cachées, en particulier les discriminations dites systémiques¹⁵⁰. Il s'agit, selon une définition non juridique, d'« une situation d'inégalité cumulative et dynamique résultant de l'interaction sur le marché du travail, de pratiques, de décisions ou de comportements individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciables, voulus ou non, sur les membres du groupe.¹⁵¹ »

La discrimination systémique est la résultante de pratiques liées à des stéréotypes défavorables à l'encontre de personnes, en vigueur à différents niveaux (entreprise, secteur d'activité, bassin d'emploi, institutions, société globalement). Il peut s'agir, par exemple, du système de recrutement, d'affectation ou de promotion dans l'entreprise, une branche ou un bassin d'emploi. Dans ce cadre, le système produit de la discrimination.

Le système peut exclure systématiquement de l'embauche des personnes qui relèvent d'un ou plusieurs ou plusieurs critères ou les affecter uniquement dans certains emplois ou dans certains services ou limiter leurs possibilités de promotion. Les choix, notamment en matière de recrutement, d'affectation et de promotion, sont opérés en fonction des critères prohibés pour arrêter une décision et non sur la base des compétences professionnelles des personnes.

Ce système discriminant peut être le résultat d'acteurs ayant des intentions discriminatoires ou de mécanismes sociaux et institutionnels, les deux pouvant se combiner. Le concept de discrimination indirecte permet de mettre en lumière des faits souvent occultés et d'interroger le système qui produit la discrimination en se focalisant uniquement sur les effets produits. Pour analyser les effets, seuls comptent les faits. Chaque stade du processus peut alors être questionné¹⁵².

¹⁵⁰ MICHEL MINE, « Droit des discriminations dans l'emploi et le travail », éditions Larcier 2016.

¹⁵¹ CHICHA M.-T. « Discrimination systémique. Fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi », Québec, Ed. Yvon Blais, 1989, p.85.

¹⁵² MICHEL MINE, « Droit des discriminations dans l'emploi et le travail », éditions Larcier 2016.

f. La discrimination multiple ou multicritère

La discrimination multiple décrit une situation où une personne est victime d'une discrimination fondée sur plus d'un motif. La réception de ce concept en droit du travail se heurte cependant à des difficultés de plusieurs ordres. Des difficultés de définition, car le concept s'avère protéiforme. Pour cette raison, aucune définition précise ne figure à ce jour dans les textes internationaux et nationaux. Des difficultés quant à sa mise en œuvre au plan judiciaire, car les juges sont confrontés à d'importants problèmes méthodologiques, notamment pour saisir les cas de discrimination « par intersection » dans lesquels plusieurs motifs se combinent. Ainsi, dans la loi actuelle interdisant la discrimination basée sur un seul motif, une victime de discrimination multidimensionnelle peut, souvent, ne pas avoir reconnu la réalité de son expérience discriminatoire.

Section 4 : L'apparition et l'évolution du droit de la non-discrimination au niveau international et européen

A. Le début aux États-Unis

Dans les États du Sud, la ségrégation, c'est-à-dire la séparation physique des personnes de couleurs différentes¹⁵³, avait un statut légal jusque dans les années 1950¹⁵⁴. Ainsi, les fameuses lois Jim Crow établies dans le Sud, après l'abolition de l'esclavagisme, entre 1876 et 1964, avaient pour but de maintenir les noirs séparés des blancs et de restreindre leurs droits civils. Dans tous les lieux publics, noirs et blancs ont des espaces séparés, n'utilisent pas les mêmes toilettes, mangent, se divertissent dans des lieux différents. Les races coexistent, mais ne vivent pas ensemble. Cette situation provoque de profondes inégalités.

¹⁵³ La Guerre de Sécession laissa des rancœurs dans les États du Sud : après la fin de l'occupation militaire, la ségrégation est mise en place par peur du métissage et par la psychose du viol des femmes blanches par les hommes noirs. Les Afro-Américains sont également victimes de violences, de lynchages et de la haine du Ku Klux Klan, mouvement terroriste fondé en 1864.

¹⁵⁴ En 1892, Homer Plessy, métisse, est arrêté car il refuse de quitter la place qu'il occupe dans un compartiment réservé aux Blancs dans un train de la Nouvelle-Orléans (Louisiane). Cet événement mènera la Cour Suprême des États-Unis, dans le procès "Plessy contre Ferguson", à adopter la doctrine "séparés mais égaux" qui légalise en fait la **ségrégation** raciale. En 1954, la politique de déségrégation débutera à l'initiative de la même Cour Suprême.

Après la fin de la guerre civile, au cours de la période de reconstruction, le Congrès américain a adopté trois amendements constitutionnels contribuant à l'évolution du droit de l'égalité. Il s'agit du XII (1865) amendement qui abolit l'esclavage, du XIV amendement (1870) qui a donné nationalité aux anciens esclaves et a reconnu la protection égale par des lois pour tous les citoyens américains et du XV amendement (1870) qui a reconnu le droit de vote à tous les citoyens de sexe masculin aux États-Unis. Contrairement aux amendements précédents qui n'engagent pas les entités fédérales, ces nouveaux amendements s'adressent directement aux entités fédérales et limitent leurs droits souverains. Leur inconvénient cependant est qu'ils ne sont pas contraignants pour les individus. Le Congrès, cependant, a essayé de résoudre ce problème en introduisant des lois sur les droits civils, en 1964.

Jusqu'aux années 1950, des Américains blancs ont toujours lutté pour l'égalité raciale, mais leur tâche s'avéra difficile face à des associations comme le Ku Klux Klan qui multiplie les lynchages. Ce n'est qu'en 1948 que le président Truman impose l'intégration raciale des forces armées (pendant la Seconde Guerre mondiale, les soldats américains se battent en unités séparées contre le nazisme, pour la liberté et l'égalité).

Le mouvement pour les droits civiques naît symboliquement le 1^{er} septembre 1955 lorsque Rosa Parks refuse de céder sa place à un blanc dans un bus à Montgomery, dans l'Alabama. Elle est condamnée à payer une amende de 15 \$. C'est alors le début du boycott des bus par les noirs de la ville, lancé par un jeune pasteur baptiste, Martin Luther King. Le 13 novembre 1956, la Cour Suprême déclare illégales les lois ségrégationnistes de Montgomery. C'est une première victoire pour le mouvement des droits civiques.

Le système de ségrégation s'essouffle dès le début des années 1960 sous la présidence de J.F. Kennedy¹⁵⁵ et, surtout, avec son successeur, L. Johnson, dont la grande loi sur les droits civiques de 1964 interdit toute forme de discrimination et de ségrégation dans les lieux publics. C'est de l'Affirmative action, la politique

¹⁵⁵ En mars 1961, le président John F. Kennedy lance un programme d'*affirmative action* en décrétant l'ordre exécutif n°10 925, qui oblige les programmes financés par le gouvernement fédéral de « prendre une action affirmative » (*take affirmative action*) afin de s'assurer que l'emploi ne soit pas soumis aux discriminations raciales.

volontariste d'intégration des noirs dans tous les secteurs de la vie professionnelle, avec la mise en place de quotas.

Le *Civil Rights Act* de 1964 interdit toute discrimination, en fondant la base d'une législation interdisant aux employeurs et aux établissements scolaires toute discrimination en matière d'embauche ou d'admission sur la base de caractéristiques particulières telles que la race, l'origine nationale, la religion ou le sexe. La discrimination positive, qui va au-delà de l'interdiction de la discrimination, vise à favoriser les minorités jugées en position de faiblesse. Le taux de chômage des Noirs était alors deux fois supérieur à celui des Blancs¹⁵⁶.

Aujourd'hui, **l'Executive Order 11246 interdit au gouvernement fédéral et aux sous-traitants toute discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale, et exige des mesures positives pour garantir l'égalité des chances, sans entrave à ces facteurs. Le Titre VII du Civil Rights Act de 1964** interdit la discrimination à l'embauche, à la promotion, sur les rémunérations, les avantages sociaux, la formation professionnelle, la classification, l'aiguillage, et tout autre aspect de l'emploi, sur la base de la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale. Cette loi est appliquée par l'Equal Employment Opportunity Commission (EEOC). **Le Titre VI du Civil Rights Act de 1964** interdit la discrimination sur la base de la race, la couleur ou l'origine nationale dans les programmes et les activités qui bénéficient de l'aide financière fédérale. Cette loi est appliquée par le Centre pour les droits civils. Ensuite, **l'article 188 de la Workforce Investment Act de 1998 (WIA)** interdit la discrimination envers les candidats, les employés et les participants fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe et l'origine nationale. L'article 188 interdit également la discrimination fondée sur l'âge, le handicap, l'appartenance politique ou la conviction religieuse. Cette loi est appliquée par le Centre pour les droits civils¹⁵⁷.

Cependant, il convient de mentionner que la Cour suprême des États-Unis a toujours fait en sorte de limiter l'application des dispositions des amendements à des relations juridiques mettant en cause une action d'État (*state action*), c'est-à-dire des relations qui impliquent l'exercice de ce que nous appellerions une prérogative de puissance publique. Le résultat est que la Constitution ne s'applique pas au droit privé

¹⁵⁶ SKRENTNY JOHN D., L'« affirmative action » américaine en déclin [archives], *Le Monde diplomatique*, mai 2007

¹⁵⁷ Secretary of Labor Hilda L. Solis, <http://www.dol.gov/dol/topic/discrimination/ethnicdisc.htm>

et que, sur ces matières, la Cour suprême, loin de les « coiffer », généralement en défère aux juridictions d'États. Ainsi, aux États-Unis, le contentieux constitutionnel ne concerne que les relations entre l'individu et l'État, autrement dit, des relations de droit public, non des relations entre personnes privées. Ce résultat était déjà commandé, on l'a dit, par l'absence de *common law* fédérale générale, mais encore, il est devenu inévitable lorsqu'après la guerre de Sécession, pour maintenir la structure fédérale du pays, la Cour s'est refusée à étendre aux relations entre personnes privées le bénéfice des amendements apportés à la Constitution fédérale par le biais de la doctrine de l'action d'État (*state action doctrine*). Cette doctrine fut formulée dans l'affaire des droits civils (*Civil Rights Cases*) où il s'agissait de savoir si le Congrès avait le pouvoir de prendre une loi qui obligeait les établissements recevant du public dans les États à accepter les personnes de couleur sous peine de sanctions pénales. La Cour jugea la loi inconstitutionnelle, au motif que sa base juridique (la section 5 du Quatorzième amendement) « ne donne pas au Congrès le pouvoir de légiférer sur des matières qui sont du ressort des législatures des États, [mais qu'elle] l'autorise seulement à prévoir les moyens de corriger les effets d'une loi, ou d'une action d'État [qui refuse aux personnes de couleur l'égale protection des lois]. »¹⁵⁸ L'effet immédiat de la décision fut d'exclure l'application des droits et libertés garantis par la Constitution fédérale aux relations entre personnes privées. En d'autres termes, les droits et libertés n'ont pas d'effet horizontal aux États-Unis, sauf s'il est possible d'imputer leur violation à une action d'État, ce qui est le cas lorsque la violation est permise par une loi ou un acte réglementaire d'un État fédéré.

C'est donc en principe au législateur des États, éventuellement au législateur fédéral dans le cadre de ses compétences, mais pas à la Cour suprême, qu'il appartient de réglementer les relations entre personnes privées. Pour ce qui est du législateur fédéral, disons d'emblée que c'est ce qui s'est passé pour garantir le respect des droits civiques, c'est-à-dire, les droits dont jouit un citoyen vis-à-vis du pouvoir et de ses concitoyens. Le noyau dur de la jurisprudence sur les droits civils de 1883 est donc intact, son résultat le plus clair est que « l'action individuelle qui empiète sur des droits individuels »¹⁵⁹ ne retient pas l'attention de la Cour, sauf si elle est rendue possible, a

¹⁵⁸ *Civil Rights Cases*, 109 US. 3, 11 (1883) ; GACSEU, arrêt n° 7, p. 124, § 4.

¹⁵⁹ *Civil Rights Cases*, précité, note 55 ; GACSEU, arrêt n° 7, p. 124, § 4.

fortiori encouragée, par une action d'État qui se manifeste le plus souvent par une loi¹⁶⁰. Bref, la Cour ne s'intéresse pas aux relations entre personnes privées, elle ne sort de sa réserve que si une loi d'État l'oblige à s'y intéresser¹⁶¹.

En outre, s'agissant du droit constitutionnel à l'égalité, la Cour suprême a établi une hiérarchie stricte dans la protection de ce droit en exerçant un contrôle très rigoureux lorsque la classification est fondée sur la race ou certains droits fondamentaux, un peu moins rigoureux lorsque celle-ci est basée sur le sexe et un contrôle souple lorsqu'elle est fondée sur les autres critères, tel l'âge, par exemple. Toute discrimination, même directe et même fondée sur la race, est donc, au moins théoriquement, susceptible de justification, mais dans un tel cas la rigueur du contrôle impliquera que quelle que soit la « raison objective » (*compelling interest*) invoquée, elle n'a pratiquement aucune chance d'être acceptée. En revanche, à l'inverse de ce qui se passe dans l'ordre juridique communautaire, lorsqu'il n'est pas possible de faire ressortir l'objectif évident de discrimination se dissimulant derrière une classification d'apparence neutre, la Cour suprême a soumis le constat d'une violation de la Constitution par une réglementation ayant un impact disproportionné sur les membres d'une race, ou d'un sexe, au rapport d'une intention ou d'un mobile discriminatoire. Par contre, une telle intention ne doit pas être rapportée lorsqu'est invoquée la protection contre les discriminations indirectes édictées par une législation fédérale à l'encontre d'un employeur, par exemple. Une même allégation de discrimination fondée sur la race sera donc régie par des règles très différentes selon son auteur présumé (État ou entreprise) et, donc, de la réglementation applicable. De la même manière, la constitutionnalité des actions positives (*affirmative action*) dépend d'une analyse menée selon des principes différents de celle visant à déterminer leur légalité¹⁶².

¹⁶⁰ Tel est le cas de la loi sur la diffamation des personnages investis d'une charge publique qui, tant par l'imprécision des éléments constitutifs de l'infraction que par la sévérité des sanctions encourues, paralyse le débat démocratique, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US. 254 (1964) ; GACSEU, arrêt n° 23, p. 339, notamment p. 342, § 5 ; tel est encore le cas de la loi qui interdit la miscégenation, c'est-à-dire le mariage entre personnes de race différente, *Loving v. Virginia*, 388 US. 1, 388 (1967).

¹⁶¹ ZOLLER ELISABETH- Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 33 (Dossier : États-Unis) - octobre 2011

¹⁶² MARTIN DENIS, Commission européenne, Service juridique, SOPHIE LATRAVERSE, Direction juridique de la HALDE, Approche comparative du droit de la non-discrimination. Revue de droit du travail, 2008, p. 760.

De nos jours, le mouvement des droits civiques aux États-Unis des années de 1960 semble avoir été drainé et le corpus constitutionnel et fédéral puissant de la loi anti-discrimination a été considérablement affaibli par les interventions politiques et juridiques. Les tribunaux sont devenus une arène pour les conflits sociaux et idéologiques des groupes différents et le pouvoir judiciaire a été utilisé afin de contester plutôt que de promouvoir ou de faire appliquer les lois luttant contre la discrimination et les programmes qui ont été destinés à la réparation des inégalités sociales. Bon nombre des dispositions clés et des conceptions du droit anti-discrimination ayant leurs origines dans le mouvement des droits civiques ont été rejetées ou fortement limitées par les juges étatiques et fédéraux. Les définitions législatives générales du handicap ont été juridiquement rétrécies, l'impact de la doctrine sur la discrimination a été considérablement restreinte, et plusieurs formes d'action positive sont, désormais, constitutionnellement suspectes, voire, interdites par la législation ou par les constitutions des États¹⁶³.

Ainsi, contrairement à la vitalité et à l'optimisme du paysage européen de la législation antidiscriminatoire, les États-Unis présentent, de nos jours, une image moins attrayante. En ce qui concerne cette évolution différente de la législation antidiscriminatoire en Europe et aux États-Unis, bien qu'il y ait plusieurs autres différences significatives au sein des États-Unis, entre États fédéraux, d'une part, et au sein de l'Union européenne (et du Conseil de l'Europe), en tant que politiques et systèmes régionaux, d'autre part, trois types d'explications spécifiques pourraient être présentées. Une première explication possible est d'ordre culturel et idéologique : en Europe prédomine l'idée que la réalisation et la promotion du bien-être humain et social des peuples constitue un aspect essentiel de la responsabilité des États. Au contraire, le système américain constitutionnel et politique et la culture dans laquelle elle est enracinée, sont classiquement considérés comme favorisant l'idée de la liberté individuelle¹⁶⁴.

Une deuxième explication possible concerne la nature des systèmes politiques et institutionnels. Les États-Unis disposent d'un système politique célèbre pour sa

¹⁶³ GRAINNE DE BURCA, « The trajectories of European and American Antidiscrimination Law », *The American journal of Comparative Law*, p. 3

¹⁶⁴ Selon le système américain, le rôle principal de l'État est plutôt de fournir les conditions de la poursuite individuelle de la liberté que de promouvoir ou supporter une conception particulière du bien-être ou de l'égalité.

polarisation et ses clivages idéologiques entraînent assez souvent les programmes sociaux et politiques y compris l'action positive et la lutte contre la discrimination, dans l'impasse. Le système politique de l'Union européenne, au contraire, étant largement technocratique et dépolitisé et, surtout, avec son processus du consensus contribue à diffuser la législation contre la discrimination. Pourtant, cette explication n'est pas non plus tout à fait convaincante. Même si le système politique et législatif de l'Union européenne fonctionne d'une manière nettement consensuelle et si son système judiciaire a été notamment retenu à l'égard des politiques de l'Union européenne et des mesures favorisant l'intégration des dispositions législatives, les lois de l'Union européenne doivent néanmoins être mises en œuvre et en vigueur au niveau national. Dans le domaine de la non-discrimination, qui est dominé par les directives de l'Union plutôt que par les règlements directement applicables, il est nécessaire de promulguer la législation nationale ou d'autres mesures d'exécution. Et l'on peut difficilement prétendre que les systèmes politiques nationaux au sein de l'Union européenne fonctionnent d'une manière consensuelle ou dépolitisée¹⁶⁵.

Une troisième explication possible est que les États-Unis sont en avance à cet égard depuis plusieurs décennies, par comparaison à l'Union européenne. L'Europe, d'autre part, n'a pas encore connu la réaction sociale et politique puissante qui attend probablement un programme ambitieux, législatif et politique luttant contre la discrimination, en particulier en période de difficultés économiques et de crise.

B. La question de non-discrimination et d'égalité au Canada.

Vers la fin du 19^e siècle, l'accroissement de la demande internationale des produits agricoles canadiens a amené le gouvernement à vouloir attirer des agriculteurs immigrants en leur offrant gratuitement des terres agricoles. C'était alors une offre très intéressante pour bien des Noirs des États-Unis. Beaucoup d'entre eux, malgré leur statut d'esclaves affranchis acquis de fraîche date, se voyaient néanmoins dans l'impossibilité d'obtenir des terres agricoles de moins en moins nombreuses dans ce pays. Force leur a cependant été de constater qu'ils n'étaient pas non plus les bienvenus au Canada. Les rares Afro-Canadiens déjà établis au pays ont été relégués à des emplois

¹⁶⁵ GRAINNE DE BURCA, « The trajectories of European and American Antidiscrimination Law », *The American journal of Comparative Law*, p. 3

serviles et faiblement rémunérés dont la plupart des Canadiennes et des Canadiens ne voulaient pas, ceux d'aide domestique et de porteur pour les sociétés ferroviaires, par exemple. De 1950 à 1970, les Antillaises recrutées comme bonnes d'enfants résidentes et aides domestiques ont constitué le gros de l'immigration noire au Canada. Au fil des luttes menées par ces femmes pour obtenir des droits égaux en tant que travailleuses, les politiques canadiennes en matière d'immigration concernant les aides domestiques se sont resserrées¹⁶⁶.

Bien que la garantie d'égalité dans la Déclaration canadienne des droits par le Parlement du Canada en 1960 ait certes constitué un pas positif, il n'en a pas résulté immédiatement un progrès vers l'égalité substantielle. La Déclaration canadienne des droits n'était en effet qu'une loi ordinaire. Elle n'avait pas l'autorité d'un texte constitutionnel et, par conséquent, elle fut interprétée strictement. La Déclaration canadienne des droits, telle qu'elle a été complétée par la Cour Suprême, ne garantissait l'égalité que dans la mesure où les personnes étaient dans les mêmes situations. Les femmes, les minorités et les handicapés étaient pleinement « égaux », mais uniquement s'ils n'étaient pas différents des hommes blancs valides. Pour ceux qui étaient désavantagés du fait qu'ils ne correspondaient pas à ce que la société considérait comme la « norme », cette route vers l'égalité était sans issue¹⁶⁷.

Le rôle de premier plan que les Afro-Canadiens¹⁶⁸ ont joué dans le mouvement pour la défense des droits civiques dans les années 1960 et 1970 leur a valu d'acquérir des droits qui n'étaient qu'un rêve pour leurs ancêtres au début du siècle. De plus, en matière de respect de la diversité culturelle et religieuse le Canada dispose d'outils, dont la politique du Multiculturalisme et des programmes d'accès à l'égalité en emploi. Prenant acte de l'impossible représentation du Canada comme culture et histoire unitaires, le Programme du Multiculturalisme de 1971 et, ensuite, la Loi fédérale sur le multiculturalisme de 1988, définissent le Canada comme une terre d'individus de toutes origines raciales, culturelles, nationales, ethniques. Leurs objectifs principaux sont de

¹⁶⁶ Alliance des formations publiques du Canada « Mois de l'histoire des Noirs : la lutte contre la discrimination se poursuit », 4 février 2009

¹⁶⁷ L'HEUREUX-DUBECLAIRE, «Lutter contre les discriminations», Paris 2003, sous la direction de BORRILLO DANIEL, p 162.

¹⁶⁸ Vers une politique gouvernementale de lutte contre le racisme et la discrimination, Ce document a été réalisé par la Direction générale des relations interculturelles et produit par la Direction des affaires publiques et des communications du ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles. Document de consultation Québec 2006.

délégitimer toute idéologie d'une suprématie culturelle, socio-économique et politique des groupes majoritaires (*charter groups*) canadien français et canadien anglais, et de développer un sens d'appartenance au Canada de tous les Canadiens. Ils visent à socialiser l'ensemble de la population canadienne à la diversité culturelle, à faciliter l'adaptation des immigrants et de leurs descendants à leur nouvelle société et à accroître leur participation aux principales institutions publiques et privées et à la scène publique¹⁶⁹.

Vers 1975, chaque province canadienne s'était dotée d'une commission des droits de la personne et, en 1977, une commission a été créée pour surveiller l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Par ailleurs, en 1982 la *Charte des droits et des libertés*¹⁷⁰ a été adoptée pour garantir les droits à l'égalité de toute la population canadienne. Il s'agit de l'article 15¹⁷¹ qui garantit à toute personne l'« égalité indépendamment de toute discrimination ».

En dépit du caractère comparatif du concept d'égalité, celui-ci n'exige pas toujours l'identité de traitement. En fait, il exige parfois une différence de traitement. Contrairement en effet à sa contrepartie américaine, la Charte canadienne ne consacre pas simplement le droit d'être « égal ». Elle consacre l'« égalité indépendamment de toute discrimination ». Selon Claire l'Heureux-Dubé « le fait de reconnaître qu'égalité et discrimination sont inextricablement liées revêt une grande importance. C'est le signe d'une meilleure compréhension des valeurs qui sous-tendent la notion d'égalité. Car celle-ci ne consiste pas seulement en identité de traitement. Ce n'est pas non plus une équation mathématique à résoudre. Il s'agit plutôt d'égalité dans la dignité humaine et la pleine appartenance à la société. D'égalité dans l'estime de soi. D'égalité dans la considération et le respect. Telles sont les valeurs qui sous-tendent l'égalité et

¹⁶⁹ HELLY DENISE, « Lutte contre les discriminations au Canada : le secteur privé, la faille du multiculturalisme. »

¹⁷⁰ Elle s'applique à toute personne se trouvant sur le territoire canadien, étranger, résident permanent ou temporaire, citoyen. Ainsi en a décidé la Cour Suprême en 1985 contre le ministère de l'Immigration dans une affaire concernant une décision de refus de reconnaissance du statut de réfugié prise sans que, malgré sa demande, l'intéressé ait été entendu (arrêt *Singh*). Tout étranger se trouvant sur le territoire canadien est pleinement un sujet de droit et bénéficie de la protection de la Charte canadienne.

¹⁷¹ Selon l'article 15 (1) la loi s'applique également à tous et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, *notamment* des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. L'usage du terme *notamment* laisse entendre que d'autres motifs de discrimination pourraient être introduits et ce fut le cas pour le motif de l'orientation sexuelle.

auxquelles il est porté atteinte lorsque nous faisons preuve de discrimination, consciemment ou non ».¹⁷²

De surcroît, la Charte canadienne prit acte de la réalité, elle définit quatre formes du droit à l'égalité : égalité devant la loi, égalité lors de l'application de la loi, égale protection par la loi et égal bénéfice de la loi. La dernière forme vise à contrer la conception formaliste de l'égalité, car un traitement identique de tous par la loi peut créer des inégalités et tout refus de ce constat sociologique sert la reproduction de la suprématie culturelle, économique, politique d'un groupe. Les effets inégalitaires de l'application du principe de l'égalité formelle doivent-ils être corrigés par la loi, l'État et les tribunaux¹⁷³.

Il est aussi remarquable que l'article 15 (1) de la *Charte des droits et des libertés du 1982* contient une clause flexible sur l'égalité des droits, proposant, à titre indicatif, les motifs de discrimination interdits. Cette formulation a permis aux tribunaux canadiens de reconnaître de nouveaux motifs de discrimination interdits et de recevoir des traitements fondés sur plus d'un motif. En revanche, en son article 3, paragraphe 3, la *Loi canadienne sur les droits de l'homme du 1985*, qui engage les institutions fédérales et les institutions contrôlées par le gouvernement fédéral, interdit la discrimination fondée sur des motifs spécifiques définis restrictivement. Cette formulation a limité la capacité des tribunaux canadiens d'examiner les cas de discrimination multiple¹⁷⁴. Afin de ressoudre ce problème en 1997, le législateur a revu l'article 3 (3) de la *Loi canadienne sur les droits de l'homme*, en ajoutant une nouvelle disposition qui prévoit qu'une pratique discriminatoire peut être fondée sur un ou plusieurs motifs ou être le résultat de l'enchevêtrement de ces raisons. Grâce à cette réforme, les tribunaux canadiens ont été en mesure de répondre de manière adéquate la discrimination fondée sur plusieurs motifs qui sont en interaction.

¹⁷² L'HEUREUX-DUBECLAIRE, « Lutter contre les discriminations », Paris 2003, sous la direction de BORRILLO DANIEL, p. 162

¹⁷³ HELLY DENISE, « Lutte contre les discriminations au Canada : le secteur privé, la faille du multiculturalisme

¹⁷⁴ *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554.

En outre, il convient de mentionner que bien que la *Charte des droits et des libertés*¹⁷⁵ garantit à toute personne l'« égalité indépendamment de toute discrimination » (article 15), l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹⁷⁶ interdisant toute forme de discrimination excluait tout ce qui était régi par la *Loi sur les Indiens*. La *Loi sur les Indiens* régit le quotidien de 600 réserves dans lesquelles vivent les Premières Nations du Canada. Lorsque la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été adoptée en 1977, elle ne s'appliquait pas à la *Loi sur les Indiens* : les centaines de milliers de personnes vivant dans des réserves des Premières Nations étaient exclues. Elles ne pouvaient pas se défendre si elles étaient victimes de discrimination de la part du gouvernement fédéral ou d'un gouvernement des Premières Nations pour un enjeu couvert par la *Loi sur les Indiens*. Par exemple, elles n'avaient aucun recours lorsqu'il était question de décider qui pouvait vivre dans les réserves ou qui pouvait voter aux élections locales. Puis, en 2008, le Parlement a modifié la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour y inclure les enjeux couverts par la *Loi sur les Indiens*¹⁷⁷. Cette modification de la *Loi* signifie que les membres des Premières Nations qui sont des Indiens inscrits et membres d'une bande ainsi que les personnes qui vivent ou travaillent dans les réserves peuvent saisir la Commission canadienne des droits de la personne de plaintes liées à des mesures découlant de la *Loi sur les Indiens* ou en application de celle-ci.

Aussi, en novembre 2010, le Canada a appuyé la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*.¹⁷⁸ Comme toutes les déclarations de l'ONU, cette déclaration énonce un ensemble de principes et d'engagements que les membres de l'ONU sont encouragés à respecter. Elle aborde essentiellement les droits et libertés

¹⁷⁵ Elle s'applique à toute personne se trouvant sur le territoire canadien, étranger, résident permanent ou temporaire, citoyen. Ainsi en a décidé la Cour Suprême en 1985 contre le ministère de l'Immigration dans une affaire concernant une décision de refus de reconnaissance du statut de réfugié prise sans que, malgré sa demande, l'intéressé ait été entendu (arrêt Singh). Tout étranger se trouvant sur le territoire canadien est pleinement un sujet de droit et bénéficie de la protection de la Charte canadienne.

¹⁷⁶ La *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été promulguée par le Parlement du Canada en 1977. Elle traite de tous les types de discrimination fondés sur la race, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, le statut familial, etc.

¹⁷⁷ La loi sur les Indiens (anglais : *Indian Act*) est la principale loi canadienne traitant des Indiens enregistrés, de leurs bandes et du système de réserves. Elle a été adoptée en 1876 en vertu de l'article 91(24) de la loi constitutionnelle de 1867 qui donne au gouvernement canadien l'autorité exclusive de légiférer sur « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens. »

¹⁷⁸ La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones a été adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU en septembre 2007.

des peuples autochtones dans le monde, notamment : le droit de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le droit de ne faire l'objet d'aucune forme de discrimination, le droit à l'autodétermination et le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes, le droit à la vie, à l'intégrité physique et mentale, à la liberté et à la sécurité de la personne. L'Association canadienne des commissions et conseil des droits de la personne (ACCCDP) a déjà demandé à l'ensemble des provinces et territoires du Canada de contribuer à l'application des principes de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. L'ACCCDP est une organisation canadienne qui joue le rôle d'intermédiaire entre l'ensemble des commissions des droits de la personne fédérale, provinciales et territoriales du Canada. Elle agit aussi comme porte-parole national en ce qui concerne les questions liées aux droits de la personne.

La discrimination continue toutefois à sévir au Canada. Elle est moins manifeste, mais elle est davantage systémique¹⁷⁹ et, partant, plus difficile à cibler et à éliminer. Ainsi, la lutte contre la discrimination est loin d'être terminée. Au niveau international, le Canada s'attache à élaborer des stratégies novatrices de lutte contre la discrimination et à faire en sorte que les injustices commises par le passé ne se reproduisent plus. Le Canada accorde beaucoup d'importance à ses activités au sein de l'ONU¹⁸⁰, mais il reconnaît aussi le rôle crucial que peuvent jouer les institutions régionales et les organisations nationales autonomes. En outre, le Canada collabore avec la société civile, des organisations nationales s'intéressant aux droits de la personne, des particuliers et d'autres organisations pour trouver des moyens de lutter contre la discrimination¹⁸¹.

C. Le développement du droit international contre la discrimination

¹⁷⁹ On parle de discrimination systémique quand des différences de distribution occupationnelle, de revenu entre des catégories de personnes ne sont pas imputables à des facteurs admis comme sources d'inégalité économique : niveau de scolarité, expérience de travail, âge, durée de séjour pour les immigrés, connaissance des langues officielles.

¹⁸⁰ Les priorités du Canada en matière de politique étrangère comprennent l'élimination de la violence contre les femmes, la participation pleine et égale des femmes à la prise de décisions et l'intégration de la perspective d'égalité hommes-femmes. Le Canada applique ces priorités dans les institutions multilatérales comme les Nations Unies, dans ses discussions bilatérales avec d'autres pays ainsi que par l'intermédiaire de l'aide au développement fournie par l'Agence canadienne de développement international. Le Canada appuie une approche intégrée et représentative de la diplomatie internationale, une approche qui donne un rôle plus important aux organisations non gouvernementales, dont celles qui font la promotion de l'égalité entre les sexes.

¹⁸¹ Affaires étrangères et Commerce International Canada.

L'organisation internationale du travail (OIT) a été créée en 1919 par les États signataires du traité de Versailles, conscients du fait « qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations ». C'est une institution spécialisée de l'Organisation des Nations Unies qui compte 182 États membres. Il s'agit d'une institution tripartite spécialisée qui rassemble gouvernements, employeurs et travailleurs de ses États membres dans une action commune pour promouvoir le « travail décent » à travers le monde. Nicolas Valtikos souligne la double inspiration des normes de l'organisation : « éliminer l'inégalité de traitement et promouvoir l'égalité des chances. »¹⁸²

Créée au début du siècle, ce n'est qu'en 1944 que l'OIT a inséré au niveau de sa Constitution le principe de l'égalité. En mai de cette année, après les deux guerres mondiales, *la Déclaration de Philadelphie* avait réaffirmé les principes fondamentaux de cette organisation. En particulier, elle a invoqué celui en vertu duquel « tous les êtres humains, quels que soient leur race, leurs croyances ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales. »

Par la suite, des normes conventionnelles ont abordé la question de la discrimination de manière fragmentaire. C'est ainsi que les conventions sont intervenues pour traiter des femmes, des migrants, des responsables syndicaux, ... mais aussi de l'égalité de rémunération, de la formation professionnelle.

Une convention de 1947¹⁸³ de l'OIT aborde cependant le problème d'une manière beaucoup plus large en visant à supprimer, en matière de politique sociale, « toute discrimination entre les travailleurs fondée sur la race, la couleur, le sexe, la croyance, l'appartenance à un groupement traditionnel ou l'affiliation syndicale. » Ensuite, le 23 mai 1953, est entrée en vigueur la convention sur l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale.

En 1958, enfin, la convention n° 111 et la recommandation n° 111 de l'OIT concernant « la discrimination en matière d'emploi et de profession » vont constituer le texte international de base en la matière. Ces normes fondamentales visent à exclure « toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale qui a pour effet

¹⁸² VALTIKOS NICOLAS, « Droit International du Travail », Dalloz 1983.

¹⁸³ Article 18 de la Convention n° 82 révisée en 1962 (n° 117).

de détruire ou d'alerter l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession » et aussi « toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'alerter l'égalité des chances et de traitement en matière d'emploi ou de profession ».

Le Bureau International de Travail qui est chargé de préparer les actes pris par la conférence de l'organisation, constituant un centre de documentation et un laboratoire de recherche d'idées, a mis en place en 1995 un groupe de travail pour procéder à une véritable codification des conventions de l'OIT. Ce groupe de travail, appelé « groupe Cartier », a proposé de qualifier de « fondamentales » huit conventions qui traitent de questions considérées comme des principes et des droits fondamentaux au travail : liberté syndicale et reconnaissance effective du droit de la négociation collective, élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, abolition effective du travail des enfants et élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. Ces principes fondamentaux se sont alors vus consacrés par la Déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi. Selon l'OIT, cette déclaration a pour mission d'assurer que le progrès social accompagne le progrès de l'économie et du développement. Elle appelle tous les États membres à promouvoir et à réaliser sur leur territoire, le droit à être exempt de pratiques discriminatoires dans l'emploi. La Déclaration consacre la Convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession) de 1958 et la Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération de 1951 en tant que conventions fondamentales. La spécificité de cette déclaration s'est qu'elle énonce clairement dans sa rédaction que les principes et droits fondamentaux réaffirmés par elle, sont universels et qu'ils s'appliquent à tous les peuples et tous les États même s'ils n'ont pas ratifié les conventions auxquelles renvoie la déclaration¹⁸⁴. Le 10 juin 2008, toujours afin de remplir sa mission, l'OIT a adopté à l'unanimité la déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable. Cette déclaration s'inspire de la déclaration de 1998 et de la déclaration de Philadelphie.

Cependant, malgré toutes ces déclarations et ces conventions, la mise en œuvre des droits fondamentaux par les États a rencontré et rencontre toujours des difficultés. Tout d'abord l'OIT recherche une certaine flexibilité dans l'édiction de ses normes afin

¹⁸⁴ En effet, selon la déclaration : « la conférence internationale déclare que l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions. »

de s'assurer de leur plus large ratification. L'Organisation pourrait opter pour des conventions comportant des prétentions minimales. Si leur mise en œuvre serait alors plus aisée, elle serait aussi source de peu de progrès social et finalement ne toucherait qu'un nombre restreints d'États.

En outre, l'OIT examine régulièrement comment elles sont appliquées et signale les domaines dans lesquels il y aurait matière à amélioration¹⁸⁵. Si un problème se pose concernant l'application des normes, l'OIT cherche à aider les pays concernés par le biais du dialogue social et de l'assistance technique. L'on regrette cependant le manque d'effectivité des sanctions prises par l'OIT, celles-ci ne consistant que dans une pression médiatique, certes nuisible, mais peu contraignante (aucune sanction pécuniaire n'étant prise). Il n'est donc pas surprenant de voir certains États, pourtant signataires des conventions, ne pas appliquer les normes édictées par l'OIT. C'est un problème qui dépasse le cas de l'OIT¹⁸⁶ mais qui néanmoins constitue un obstacle certain à l'application des normes antidiscrimination. Le Droit international, en effet, n'organise pas véritablement son applicabilité. Il n'existe pas de moyens de contrainte obligeant les États à intégrer au niveau de leurs ordres juridiques internes les normes générées au niveau international. Celles-ci sont généralement mal insérées dans les ordres juridiques ou seulement après de trop longs délais. Certaines ne sont de plus jamais ratifiées.

Néanmoins, comme l'indique M. Bernard Gernigon, l'on peut constater que les normes de l'OIT ont entraîné des modifications significatives des législations nationales, l'auteur mettant par ailleurs en évidence la crainte réelle des états face aux critiques au niveau international que risquerait d'entraîner une absence de prise en compte de ces textes¹⁸⁷. Nicolas Valticos, faisant le bilan des normes générées par l'OIT, constate que celles-ci constituent « une sorte de droit commun international » et qu'elles ont pu « au de-là de la ratification de l'une ou de l'autre convention, exercer cette influence générale que le Code Justinien avait eue au Moyen-âge et aux temps modernes »¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Il a mis au point, un mécanisme régulier de contrôle qui prévoit l'examen de rapports périodiques soumis par les États Membres sur les mesures prises pour donner effet aux dispositions des conventions ratifiées et procédures particulières (plaintes, réclamations, et le comité de la liberté syndicale)

¹⁸⁶ ALIPRANTIS N., « Les droits sociaux sont justiciables ! », D Soc 2006, p. 158 et aussi BELORGEY JM & BRILLATR., « Quelle justice internationale pour les droits sociaux ? », D Soc 2008, p. 774

¹⁸⁷ GERNIGON BERNARD Droit Social, n 5, mai 1982, p.426.

¹⁸⁸ VALTIKOS NICOLAS, « Droit International du Travail », Dalloz 1983

L'existence même de l'OIT explique d'un part la moindre importance de l'ONU face au droit du travail. D'autre part *la Déclaration universelle des droits de l'homme* dégage un certain nombre de principes que l'ONU souhaite voir promouvoir, respecter et protéger. Il vise à définir une « conception commune qu'ont les peuples du monde entier des droits inaliénables et inviolables inhérents à tous les membres de la famille humaine. »¹⁸⁹ Un certain nombre de pactes et de conventions internationaux furent ensuite adoptés qui reprennent certains droits énoncés dans la Déclaration universelle comme « le droit de percevoir une rémunération juste et suffisante » ou « le droit à l'égalité devant la loi sans discrimination. » Ainsi, le principe de non-discrimination sert de thème central pour certaines conventions internationales comme la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale¹⁹⁰ et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹⁹¹.

En matière de droits de l'homme et de libertés ce principe s'applique à toutes les personnes et interdit toute discrimination basée sur une liste non exhaustive et comprenant le sexe, la race, la couleur, etc. Ce principe s'accompagne du principe de l'égalité, qui figure dans l'Article premier de la Déclaration universelle des droits de l'homme : "Tous les êtres humains naissent libre et égaux en dignité et en droits". Visant à surveiller l'égalité et la non-discrimination raciale ainsi que la non-discrimination à l'égard des femmes, deux comités existent au sein de l'ONU. Il s'agit du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, qui sont des organes composés d'experts indépendants qui surveillent l'application de *la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965* (Entrée en vigueur le 4 janvier 1969) et de *la Convention de discrimination à l'égard des femmes*, adoptée le 18 décembre 1979. Tous les États parties sont tenus de présenter aux Comités, à intervalles réguliers, des rapports sur la mise en œuvre des droits consacrés par les Conventions. Ils doivent présenter un premier rapport un an après avoir adhéré aux Conventions, puis tous les deux ans. Le Comité examine chaque

¹⁸⁹ Articles 1, 2, 7, 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

¹⁹⁰ Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, elle a été ouverte à la signature des États le 21 décembre 1965 et est entrée en vigueur le 4 janvier 1969.

¹⁹¹ Adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

rapport et fait part de ses préoccupations et de ses recommandations à l'État partie sous la forme d'« observations finales. »

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale a également créé trois autres dispositifs qui permettent au Comité de s'acquitter de ses fonctions de surveillance : la procédure d'alerte rapide, l'examen de communications adressées par des États et l'examen de communications émanant de particuliers. Mais, bien que l'ONU prévoie des dispositifs visant à garantir l'application de ses normes, on peut constater, en reprenant l'avis de José Feron, que « l'ONU a connu bien des échecs et a remporté peu de succès. Combien de résolutions sont restées sans effets, combien de mensonges ont été proférés dans l'immeuble de verre. Mais au moins, une déclaration existe, ainsi que des pactes, des conventions ». **En outre, la Convention internationale des Droits de l'Enfant, adoptée par les Nations Unies (ONU) le 20 novembre 1989, consacre aussi le principe de non-discrimination. Tous les enfants doivent être traités, protégés, soignés de la même manière.**

Par suite des conventions internationales susmentionnées les Nations Unies ont adopté le 13 décembre 2006 la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH)¹⁹² et le Protocole facultatif se rapportant à la Convention. Elle inclut trois innovations. Tout d'abord ayant, aux termes de son article première, « *pour objet de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées et de promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque* » et indiquant à son article quatrième que les États parties « *s'engagent à garantir et à promouvoir le plein exercice de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales de toutes les personnes handicapées sans discrimination d'aucune sorte fondée sur le handicap* », elle lie le principe de non-discrimination avec les droits qui doivent être accordés aux personnes handicapées comme citoyens.

En outre, il est notable qu'elle introduit une nouvelle définition du handicap. Elle ne présente pas le handicap seulement en termes d'incapacité mais aussi en termes de milieu et d'environnement. La notion est par conséquent évolutive. On va examiner

¹⁹² entrée en vigueur le 3 mai 2008

cette question à la première partie de la thèse. De plus, son article 6, constitue une reconnaissance et interdiction de la discrimination multiple contre les femmes et les filles handicapées.

De plus, en ce qui concerne le Conseil de l'Europe il convient de mentionner *la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue en 1950*. Elle n'est pas à proprement parler « consacrée » au droit Social mais deux, à tout le moins, de ses articles peuvent s'y rattacher¹⁹³. C'est ainsi que l'article 4 de la Convention parle du « Droit au travail pour tous » alors que l'article 11 prône « la liberté syndicale ». Plus généralement, ce texte a la volonté de promouvoir le respect de certaines libertés publiques fondamentales comme l'absence de discrimination et elle prévoit une prohibition de portée générale. La jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'elle reconnaît doit être assurée, dit-elle dans son **article 14**, « *sans distinction aucune.* »¹⁹⁴ L'idée qui s'impose alors est que les droits et libertés consacrés par ladite convention appartiennent par nature à tout être humain et que chacun doit pouvoir en bénéficier pleinement. La Cour de Justice de l'Union européenne en permet une véritable application en n'hésitant pas à y faire référence dans le but de « protéger les droits individuels fondamentaux à l'intérieur de la Communauté ». Même si ceci est important, la protection contre la discrimination reste limitée aux droits couverts par la Convention.

Ainsi, le Protocole n° 12 a été adopté en vue d'assurer la jouissance sur un pied d'égalité de tout droit prévu par la loi. Le texte dispose également que nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique. Le Protocole est en vigueur depuis le mois d'avril de l'année 2005, après que dix États membres ont déposé leurs instruments de ratification. Il est devenu une norme primordiale pour la Cour européenne des Droits de l'Homme envers les États qui l'ont ratifié.¹⁹⁵ Un principe d'égalité n'existe dans l'ordre juridique européen que pour les États ayant ratifié le Protocole n° 12. Pour les autres, est toujours applicable le principe de non-

¹⁹³ LATTES JEAN-MICHEL, thèse 1989, Le principe de non-discrimination en droit du travail.

¹⁹⁴ **Article 14 : Interdiction de discrimination**

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

¹⁹⁵ HAMMARBERG THOMAS «Le Protocole du Conseil de l'Europe contre la discrimination est important», disponible sur le site du Commissaire, sur www.commissioner.coe.int.

discrimination inscrit à l'article 14 de la Convention, lequel contient une liste, exemplative, de critères prohibés de discrimination¹⁹⁶. Certains des États qui se sont jusqu'à présent abstenus, ont critiqué les termes du Protocole. L'un des arguments était que le Protocole pourrait être interprété comme interdisant « *les discriminations positives* » - mesures proactives destinées à soutenir un groupe défavorisé afin de compenser une discrimination que celui-ci a subi antérieurement. Pourtant ce dilemme est résolu par le préambule du Protocole où il est réaffirmé que celui-ci n'empêche pas les États de « prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable ». Un autre argument contre la ratification du Protocole concernait sa portée imprécise. Il est vrai que les termes auraient pu être plus précis et que l'interprétation pourrait ne pas être aisée dans certains cas. Toutefois, le Protocole étant dorénavant en vigueur, la Cour européenne pourra l'interpréter dans le cadre de ses arrêts dans des cas individuels.

En outre, *la Charte sociale européenne* élaborée par le Conseil de l'Europe consiste en quelque sorte en « la synthèse » de tous les droits accordés par les États développés d'Europe à leurs salariés¹⁹⁷. En ce qui concerne le principe de non-discrimination, la Charte prévoit le droit des femmes et des hommes à l'égalité de traitement et des chances en matière d'emploi, le garantie aux nationaux et aux étrangers résidant et travaillant légalement, sans distinction fondée sur la race, le sexe, l'âge, la couleur, la langue, la religion, les opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, l'état de santé ou encore l'appartenance ou non à une minorité nationale, des droits énoncés dans la Charte, l'interdiction de la discrimination fondée sur les responsabilités familiales, le droit des personnes handicapées à l'intégration sociale et à la participation dans la vie de la communauté.

L'énumération des motifs interdits ici n'est pas exhaustive. Il n'y a pas référence, par exemple, au critère de l'âge mais ce critère peut y être intégré par la référence générale « à toute autre situation. » Ce qui implique que soient déclarées non conformes à la Charte les dispositions juridiques ou les pratiques, ou les combinaisons des deux, pénalisant certaines catégories de travailleurs. Or, il ne faut pas entendre seulement celles qui refusent à ces catégories des avantages reconnus à d'autres, il faut aussi

¹⁹⁶ DENIS MARTIN, Commission européenne, Service juridique, Revue de droit du travail 2008 p. 760, Approche comparative du droit de la non-discrimination,

¹⁹⁷ LATTES JEAN-MICHEL, thèse, 1989, Le principe de non-discrimination en droit du travail.

entendre celles qui méconnaissent l'exigence de promouvoir des réponses adaptées pour des groupes en situation particulière. Le Comité européen des droits sociaux statue en droit sur la conformité des situations nationales avec la Charte. Comme il l'a montré dans sa décision *Autisme Europe contre France*¹⁹⁸, il adopte à cet égard la même position que la Cour européenne des Droits de l'Homme dans son arrêt *Thlimmenos contre la Grèce* du 6 avril 2000¹⁹⁹, et considère que, pour qu'il y ait traitement égal, il ne faut pas seulement traiter identiquement des gens qui sont dans des situations identiques, mais ne pas traiter identiquement des gens qui sont dans des situations différentes, faute de quoi on manque à l'obligation de traitement égal.

En effet, la jurisprudence sociale de la Cour de Strasbourg est en pleine expansion et il est intéressant de considérer la façon dont la Cour EDH peut utiliser les droits proclamés dans la Charte sociale européenne pour interpréter de plus en plus extensivement l'éventail de droits protégés par la Convention européenne des Droits de l'homme. Cependant si l'utilisation de la Charte semble intéressante, elle passe avant tout par la collaboration entre juges car, selon le principe de saisine de la Cour de Strasbourg, toutes les voies de recours nationales doivent être épuisées. C'est pourquoi l'on constate que la Cour européenne des droits de l'homme n'intervient que ponctuellement lors de certains litiges qui lui sont soumis. En réalité, le respect de ce texte est plus régulièrement assuré par le Comité européen des droits sociaux et le système de réclamations collectives²⁰⁰ même si ces dispositifs comportent des lacunes qui freinent l'impact de la Charte sociale européenne.

¹⁹⁸ Réclamation collective n° 13/2002 par Autisme-Europe contre la France, adoptée par le Comité des Ministres le 10 mars 2004, lors de la 875e réunion des Délégués des Ministres.

¹⁹⁹ Requête n° 34369/97

²⁰⁰ Si une réclamation est recevable, le CEDS demandera à l'État mis en cause et à l'organisation réclamante de lui soumettre par écrit toutes explications et informations appropriées. Les autres États contractants aux protocoles sont également informés de la procédure et sont invités à transmettre des observations, s'ils le souhaitent. De même, les organisations internationales d'employeurs et de salariés seront informées si la réclamation émane d'une organisation nationale ou d'une OING. (Article 7) Le CEDS rédige un rapport et y présente ses conclusions quant à l'application de la charte. Ce rapport est transmis au comité des ministres qui adoptera une résolution à la majorité des votants. Si cette résolution constate le non-respect de la Charte, le Comité des ministres adopte à la majorité des deux tiers des votants une recommandation à l'encontre de l'État mis en cause. Le rapport du CEDS est aussi transmis aux autres États signataires du protocole. Il est transmis ensuite à l'Assemblée parlementaire et rendu public en même temps que la résolution du Comité des ministres ou, au plus tard, dans les 4 mois après sa transmission au Conseil des ministres (Articles 8 et 9).

De fait, il a souvent été débattu de la capacité du système de réclamations collectives à garantir efficacement la protection des droits sociaux. Tout d'abord, une réclamation individuelle n'est pas envisagée par le texte. Celle-ci est, dès lors, impossible. Un individu ne peut utiliser cette voie contre un État. De même, quant à la recevabilité *ratione materiae* des réclamations, celles-ci doivent concerner les situations collectives et non pas un problème individuel de méconnaissance d'une disposition de la Charte²⁰¹. Une seconde limite au système tient dans le fait que pour qu'un État puisse faire l'objet d'une réclamation, il doit au préalable avoir consenti à être lié par le protocole de 1995. Ce qui implique aussi qu'une garantie efficace des droits sociaux sur la base des règles proclamées dans la Charte sociale européenne passe d'abord par la bonne volonté des États. De plus, les conclusions du Comité européen des droits sociaux et les recommandations que le Comité des ministres pourrait émettre à l'égard d'un État n'ont pas d'aspect coercitif, le Comité n'a pas le pouvoir d'imposer aux États ses décisions. On a voulu dépasser le simple système de contrôle sur rapport mais l'on n'a pas pour autant choisi de passer à un système purement juridictionnel. Un autre obstacle au texte, comme l'a souligné Suzanne Grevisse, tient dans la multiplicité des instruments internationaux qui viennent d'une certaine manière se faire concurrence. Dans le domaine social notamment la Charte sociale européenne doit être conjuguée avec les autres conventions du Conseil de l'Europe ainsi qu'avec la législation communautaire, dans son ensemble.

Puis, **le Code européen** du Conseil de l'Europe, entré en vigueur le 17 mars 1968, vise à harmoniser les systèmes de sécurité sociale des pays membres du Conseil de l'Europe. On y trouve les domaines dans lesquels les États doivent intervenir : soins médicaux, indemnités maladie, prestations de chômage, de vieillesse, de maladie professionnelle et d'accident de travail, de maternité, d'invalidité. Le Code pose

²⁰¹ La recevabilité de la réclamation est d'abord conditionnée à la qualité des réclamants (articles 1, 2 et 3 du protocole de Strasbourg). Ensuite, la recevabilité se rapporte également à l'objet de la réclamation. Cette réclamation doit être présentée sous forme écrite, porter sur une disposition de la Charte acceptée par la Partie contractante mise en cause et indiquer dans quelle mesure cette dernière n'aurait pas assuré d'une manière satisfaisante l'application de cette disposition. Quatre types d'organisation sont donc habilités à agir : 1) les organisations internationales d'employeurs et de travailleurs participant en qualité d'observateurs aux travaux du comité gouvernemental ; 2) les autres organisations internationales non gouvernementales (OING) dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe et inscrites sur une liste établie à cet effet par le comité gouvernemental. 3) Les organisations nationales représentatives d'employeurs et de travailleurs relevant de la juridiction de l'État mis en cause ; 4) les ONG nationales représentatives relevant de la juridiction de l'État concerné.

également un certain nombre de principes généraux tels que les systèmes de financement et les recours judiciaires.

La Convention européenne adoptée par le Conseil de l'Europe le 14 Décembre 1972 et entrée en vigueur en **1977** vient compléter le Code en introduisant le problème de l'« égalité de traitement. Elle consacre la volonté du Conseil de faire disparaître toute cause de discrimination liée à la nationalité.

D. Le développement d'une politique européenne de protection contre la discrimination

L'intervention de l'Union européenne (ex-Communauté économique européenne) dans le champ des discriminations était, au départ, de nature économique, les discriminations étant considérées comme une source de distorsions au regard des conditions de concurrence pure et parfaite énoncées par la théorie économique. Tout comme les politiques sociales nationales, qui pouvaient à l'origine répondre à diverses motivations, l'intervention communautaire en matière de lutte contre la discrimination s'est progressivement distanciée et autonomisée par rapport à ses objectifs initiaux pour intégrer une approche en termes de droits fondamentaux²⁰².

Le traité de Rome a été adopté le 25 Mars 1957, à l'origine de la création de la Communauté économique européenne, sur la base d'un certain nombre d'idées fondamentales telles que l'harmonisation des législations et des politiques sociales,²⁰³ dans le but de réaliser «l'amélioration des conditions de vie et de travail »²⁰⁴. Le préambule du traité souligne que la CEE vise à améliorer les conditions de vie et d'emploi des peuples des pays membres. De plus, l'article 117 vise, de son côté, à une « égalisation dans le progrès » des conditions de vie, de travail et de main-d'œuvre. L'intensité de l'intervention communautaire dépend des « catégories » protégées. Du point de vue historique, ce sont les ressortissants des pays européens dans d'autres pays membres qui ont constitué, avec les femmes, les deux « groupes » protégés par le droit communautaire. Le cadre original visait à éviter les distorsions salariales fondées sur le

²⁰² On pourra par exemple rappeler que la création de la sécurité sociale sous Bismarck était aussi motivée par le souci de l'ordre public et que la première loi française de 1841 relative à la protection des enfants au travail visait également à assurer à la défense nationale un contingent qui ne soit pas physiquement diminué.

²⁰³ LYON-CAEN G. «Les caractères originaux du droit social européen », Etudes L. JULLIOT de la Morandière, Dalloz, 1964, p.325.

²⁰⁴ RIBAS J-J. « La politique sociale des communautés européennes », Dalloz, Paris 1968.

sexe et le protectionnisme en matière d'emploi. L'article 119 du traité instituant la Communauté économique inscrivait, dès les origines, dans le droit européen le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail. Cet article, visait avant tout à éviter d'éventuelles distorsions de concurrence liées aux bas salaires féminins. L'objectif originel du principe d'égalité de rémunération était de prévenir le dumping social²⁰⁵.

Mais, malgré cette origine essentiellement économique et après avoir longtemps eu uniquement une portée symbolique, les dispositions du traité concernant l'égalité salariale ont trouvé une traduction juridique contraignante à partir des années 1970 grâce à l'action conjuguée des salariées, de la Cour de justice et des États membres. Les premières ont invoqué l'article 119 devant la Cour de justice européenne (arrêts Defrenne de 1971²⁰⁶, 1976 et 1978) pour faire valoir leur droit à l'égalité de rémunération. La Cour de justice a indiqué dans ses arrêts que l'article relatif à l'égalité salariale s'appliquait directement dans l'ensemble des États membres, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir une directive ou un règlement, y compris dans les cas où les règles juridiques nationales (conventions collectives, législation) s'y opposaient. Enfin, après le premier arrêt Defrenne de 1971, les États membres ont adopté, en 1975, une directive (75/117 du 10 février 1975) mettant en œuvre le principe de l'égalité de salaire entre hommes et femmes.

En outre, l'égalité de traitement entre salariés nationaux et communautaires qui découle du principe de libre circulation des personnes et des services dans le marché commun, vient interdire tout traitement particulier défavorable à l'encontre d'un ressortissant communautaire. Le traité instituant la Communauté économique avait dès l'origine prévu l'interdiction générale de la discrimination fondée sur la nationalité.²⁰⁷ La portée de ce principe va au-delà des seules politiques appliquées dans le champ de l'emploi et du travail et concerne l'accès aux biens et services, la politique commerciale, la liberté d'établissement, qui sont également protégés par des

²⁰⁵ CRUDDEN CHRISTOPHE, « L'efficacité des normes communautaires relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes », *Droit social*, n° 6, juin 1994, p. 604.

²⁰⁶ Gabrielle Defrenne était une hôtesse de l'air de la compagnie aérienne Sabena, qui, en application des statuts de la société qui l'employait, aurait dû partir à la retraite à compter de 40 ans, alors que les hommes qui occupaient le même type d'emploi n'étaient pas obligés de quitter la compagnie au même âge, ce qui leur permettait d'atteindre des niveaux de rémunération plus élevés.

²⁰⁷ Article 7 du traité de Rome instituant la Communauté économique, aujourd'hui codifié en l'article 12 du traité relatif à l'Union européenne.

stipulations particulières. Des articles spécifiques²⁰⁸ du traité instituent la libre circulation, concernant les travailleurs, interdisent les discriminations fondées sur la nationalité en matière d'emploi, de rémunérations et de conditions de travail. À l'origine du principe l'on trouve l'idée directrice issue des traités fondateurs signés à Rome en 1957 et reprise tout au long de la construction européenne : la création d'un marché européen de l'emploi, idée conçue dans un contexte de croissance de l'économie et de l'emploi impliquant un fort besoin de main-d'œuvre. Les articles concernés et toujours en vigueur définissent toutefois des exceptions considérées comme admissibles : l'ordre public, la santé publique ou la sécurité nationale.

Contrairement aux articles relatifs à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, l'article du traité qui définit le principe d'interdiction des discriminations en raison de la nationalité prévoyait l'adoption de mesures d'application à la majorité qualifiée, avec une procédure de codécision associant le Parlement. Comme pour l'interdiction des discriminations salariales entre hommes et femmes, la Cour de justice européenne a considéré que le principe de non-discrimination entre travailleurs nationaux pouvait être invoqué directement par les travailleurs communautaires²⁰⁹.

Face à un droit national protecteur pour les ressortissants nationaux sur le marché du travail, les États membres ont rapidement adopté des mesures d'application. Le règlement 1612/68 et la directive 68/360, dans le passé, et le règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011²¹⁰ qui est actuellement en vigueur, ont défini des mesures concrètes pour assurer la libre circulation des travailleurs et l'égalité de traitement. Ils suppriment la possibilité, pour les États membres, d'instaurer unilatéralement des mesures de protection de leur marché du travail, qu'ils étaient auparavant autorisés à prendre sans consultation. En l'absence de règles imposant la prise en compte des périodes de contribution au sein des systèmes sociaux d'autres pays européens, le principe de non-discrimination fondée sur la nationalité n'aurait pas été respecté pour les salariés communautaires ayant effectué une partie de leur carrière dans un autre pays de la Communauté. Les règlements

²⁰⁸ Article 48 et suivants du traité instituant la Communauté économique, articles 39-42 actuels.

²⁰⁹ CJCE 6 juin 2000, *Angonesse v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*.

²¹⁰ Règlement (UE) n° [492/2011](#) du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieure de l'Union (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

1408/71 et 574/72²¹¹ ont donc créé des mécanismes de coordination entre les régimes nationaux de protection sociale pour assurer la libre circulation des non –nationaux ressortissants communautaires.

Ensuite, l'institution essentielle en matière de non-discrimination, qui est mise en place par le traité de Rome, est **la Cour de Justice de l'Union européenne** (ex-Cour de Justice des Communautés européennes). Depuis 1958, la CJUE assure un contrôle juridictionnel sur les institutions permettant d'annuler les actes illégaux et de garantir une réparation éventuelle. Elle vérifie, de plus, l'exécution des obligations communautaires par les États membres, par le biais de recours. Grâce à elle, ont été élaborées la théorie des droits fondamentaux ou celle de l'égalité de traitement²¹².

Donnant suite à l'extension de l'égalité, le législateur et le juge de l'Union européenne ont étendu la portée du principe de non- discrimination, s'éloignant progressivement de la stricte logique économique. Un premier mouvement d'autonomisation des politiques européennes de lutte contre les discriminations a consisté à protéger des situations que le traité ne couvrait pas directement. Ce sont ainsi les freins indirects à la concurrence qui ont été pris en compte²¹³.

Dans le domaine de l'égalité entre **les hommes et les femmes**, c'est un approfondissement des domaines protégés qui a été réalisé par les textes européens. **La directive 76/207** est allée au-delà de la question salariale et a prévu une égalité de traitement pour l'accès à l'emploi, la formation, la promotion et les conditions de travail, imposant aux États membres de supprimer toute disposition contraire de leur droit national. **La directive 79/7** a quant à elle introduit le principe d'égalité des sexes en matière de régimes légaux de sécurité sociale²¹⁴. Au total, le droit communautaire a ainsi progressivement mis en place les contours d'une égalité de traitement complète,

²¹¹ Ces textes ont été adoptés sur le fondement d'un article spécifique permettant d'atténuer les entraves à la libre circulation que pouvaient créer les systèmes de Sécurité sociale : il s'agit de l'article 41 U.E actuel, autrefois codifié sous l'article 51 CE.

²¹² LATTES JEAN-MICHEL, thèse 1989, Le principe de non-discrimination en droit du travail.

²¹³ AUBIN CLAIRE, JOLY BENJAMIN, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française ? », Droit social, n° 12, décembre 2007, p. 1295.

²¹⁴ Elle a été complétée par la directive 86/378 étendant l'égalité de traitement aux différents régimes professionnels, c'est-à-dire, hors régime général.

touchant l'ensemble des aspects de la vie professionnelle et non la seule égalité salariale initialement protégée.

En ce qui concerne l'interdiction des discriminations fondées sur la **nationalité** des ressortissants communautaires, **la directive 68/360** prévoyait déjà l'extension de la libre circulation aux travailleurs et à leur famille, créant un droit d'égal accès pour ces derniers au logement, aux études, aux emplois du pays communautaire d'accueil. Le droit communautaire a organisé la suppression progressive des législations nationales restreignant le droit à l'immigration des ressortissants communautaires. Ceci est d'abord passé par une généralisation du droit de séjour à tous les ressortissants inactifs, opérée par *les directives 90/365 pour les retraités, 90/366 pour les étudiants et 90/364 pour tous les autres inactifs* ne disposant pas d'un droit de séjour au titre d'une autre réglementation communautaire spécifique.

Parallèlement, le juge communautaire a contribué à étendre le champ des situations protégées. La Cour de justice a en effet développé deux techniques juridiques innovantes²¹⁵ en matière de discrimination fondée sur le sexe. En premier lieu, suite aux arrêts Jenkins²¹⁶ et Bilka²¹⁷, elle a considéré que la discrimination pouvait être **indirecte**, quand un critère apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe donné. Elle est allée plus loin que la directive de 1976 (directive 76/207, article 2) sur l'égalité professionnelle, qui ne retenait comme définition de la discrimination indirecte qu'un type particulier de discriminations indirectes, à savoir celles fondées sur l'état matrimonial ou familial. Elle a toutefois pris le soin de préciser que des motifs économiques ou sociaux sérieux peuvent justifier une différence de traitement, si son ampleur n'est pas hors de proportion avec le but recherché.

²¹⁵ LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail », Droit social, n° 7/8, juillet/août 2007, p. 861.

²¹⁶ CJCE, 31 mars 1981, Jenkins, affaire 96/80.

²¹⁷ CJCE, 13 mai 1986, Bilka-Kaufhaus, affaire 170/84 (: pension d'entreprise réservée à des salariés à temps plein, les salariés à temps partiel en sont exclus). La CJCE va rechercher si la mesure n'a pas un impact discriminatoire, du fait qu'elle s'adresse à des travailleurs à temps partiel qui sont en majorité de femmes. Selon la jurisprudence constante de la Cour, reprise pour la première fois dans la directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe : « une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés. »

Constatée à partir des faits, la discrimination indirecte n'implique pas nécessairement une intention de nuire de la part de ses auteurs : quelles qu'aient été les intentions, le préjudice suffit pour indemniser la victime.²¹⁸ D'une part, la discrimination peut être l'effet de préjugés tellement enracinés dans la mentalité de ceux qui discriminent qu'ils n'ont pas conscience du caractère discriminatoire de leur comportement, attribué à d'autres motifs. D'autre part, la discrimination peut être le produit de dispositions ou de pratiques en apparence neutres, qui ont pourtant pour effet de désavantager certaines personnes ou catégories de personnes. À cet égard, l'introduction du concept de discrimination indirecte, répondant à une approche de la condamnation civile, prédominante dans la tradition anglo-saxonne de la lutte contre les discriminations, apparaît comme un apport particulièrement important du droit communautaire²¹⁹.

En second lieu, elle a défini un régime spécifique de **preuve** pour la discrimination. Pour une victime qui n'a pas accès à toutes les informations dont disposent ceux qui l'ont discriminée, la discrimination est souvent difficile à établir. Afin de faire face à cette situation, la Cour a, dès les années 1980²²⁰, mis en place un régime aménagé de preuve, plus favorable aux victimes.²²¹ Si elles fournissent un indice sérieux de discrimination, c'est aux personnes physiques ou morales à l'origine de la discrimination présumée de prouver qu'il n'y a pas eu de différence de traitement injustifiée²²².

Le Cour de justice a également élargi le champ couvert par le principe de non-discrimination fondée sur la **nationalité**. Tout d'abord, la notion de travailleur communautaire a été élargie. Dans le champ du droit du travail, la Cour de justice

²¹⁸ Mais la conception française de la discrimination la situe pour l'essentiel dans le champ du droit pénal et suppose une intention de discriminer ; il s'agit en quelque sorte d'une inégalité voulue.

²¹⁹ AUBIN CLAIRE, JOLY BENJAMIN, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française ? », *Droit social*, n° 12 décembre 2007, p. 1295.

²²⁰ CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, affaire 170/84

²²¹ Consacré par les directives européennes, ce principe a été transposé en France, d'abord dans le Code du travail par la loi du 16 novembre 2001, puis, de façon plus générale, dans la loi du 30 décembre 2004 dont l'article 19 prévoit que « Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte (...) établit devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par les éléments objectifs étrangers à toute discrimination. « Cette disposition reste circonscrite à l'action civile et ne s'applique pas devant les juridictions pénales.

²²² Cet aménagement de la preuve, qui déroge aux traditions juridiques de nombreux États membres, a par la suite fait l'objet d'une directive spécifique, la directive 97/80 du 15 décembre 1997 sur la charge de la preuve dans le cas de discriminations fondées sur le sexe.

n'exige pas qu'un contrat de travail existe pour reconnaître le statut de travailleur communautaire. En effet, comme le rappelle la Cour, doit être considérée comme « travailleur » au sens de l'article 39 CE (art. 45 TFUE), « toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires.^{223, 224} » En matière de sécurité sociale, l'activité professionnelle ouvrant les droits peut relever d'une période passée ou avoir été interrompue. Les droits qui sont protégés contre les comportements discriminatoires fondés sur la nationalité ont également été étendus. Des avancées ont été réalisées dans de nombreux domaines, des conditions de travail à l'accès à la formation ou aux études. Toutefois, c'est surtout à travers sa définition de la notion d'avantage social que la Cour de justice a accru le degré de protection dont bénéficient les ressortissants communautaires. Elle a intégré dans cette notion la plupart des prestations de l'aide sociale²²⁵, ce que ne prévoyait pas le droit dérivé. Enfin, la méthode consistant à protéger également contre les discriminations indirectes liées à la nationalité des ressortissants communautaires a été mise en œuvre dès la seconde moitié des années 1970²²⁶, soit un peu avant sa concrétisation dans le domaine de l'égalité entre les sexes.

Dès la fin des années 1990, la lutte contre les discriminations est devenue une politique européenne autonome, fondée sur la défense des droits fondamentaux. La seconde vague d'autonomisation²²⁷ du traitement des discriminations par rapport à sa logique économique s'inscrit dans le contexte des débats concernant la prise en compte des droits fondamentaux par le droit communautaire. En introduisant la notion de citoyenneté européenne, en faisant explicitement référence à la Convention européenne des droits de l'homme dans le traité de Maastricht (1992), celui-ci a pour la première fois conféré aux droits fondamentaux une place propre dans l'édifice communautaire.

²²³ LAULOM SYLVAIN « Actualité Droit social de l'Union européenne 2009 », Semaine sociale Lamy Supplément, 3 mai 2010, n°1444u CJCE, 4 juin 2009, affaire C-22/08 et C-23/8, Vatsouras et Koupatantze.

²²⁴ La caractéristique de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération (notamment, arrêt de la CJCE du 3 juillet 1986 dans l'affaire 66/85, Lawrie-Blum ; arrêts C-22/08 et C-23/8, Vatsouras et Koupatantze.

²²⁵ Cour de Justice des Communautés européennes, 22 juin 1972, affaire Frilli.

²²⁶ Cour de Justice des Communautés européennes, 12 février 1974, affaire Sotgiu.

²²⁷ AUBIN CLAIRE, JOLY BENJAMIN, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française ? », Droit social, n° 12, décembre 2007, p. 1295

Après les événements racistes et antisémites en France et en Allemagne dans la première moitié des années 1990, une campagne s'est développée, portée tant par les organisations non gouvernementales et le Parlement européen que par les États membres, pour modifier le traité afin d'y inscrire la lutte contre les discriminations en tant que compétence de la Communauté européenne.

Le **traité d'Amsterdam** (1997) fut plus ambitieux. Il intégra dans le corps du traité communautaire la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**²²⁸ (articles 2 à 81) et introduisit une disposition (article 13), certes décalquée aussi sur celle de la CEDH, qui concerne les causes possibles de discrimination, mais dont le sens et la portée s'en distinguent nettement. L'article 13 du traité CE donne mission au Conseil, dans les limites des compétences communautaires, d'arrêter les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination qui serait fondée sur l'un des motifs énoncés par ledit article : le sexe, la race, l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle²²⁹. À noter que la notion de discrimination fondée sur le sexe n'englobe pas les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, avait jugé la Cour de justice dans l'arrêt Lisa Grant du 17 février 1998, affaire C-249/96.

Le domaine de la prohibition communautaire des discriminations s'élargit donc considérablement. La Communauté européenne a ainsi la possibilité de définir des normes uniformes s'imposant à l'ensemble des États membres dans un domaine nouveau qui n'est plus directement en lien avec le champ économique, et de mettre en place des actions de lutte contre les discriminations.

Toutefois, le texte de l'article 13 est marqué d'une double limite : la prohibition communautaire est en premier lieu limitée par les compétences communautaires, alors que son homologue européen dispose d'une portée générale, voire absolue. Ensuite, le droit communautaire ne condamne pas toute distinction, mais uniquement celles qui sont fondées sur l'un des motifs visés par le texte, l'énumération se présentant ici comme exhaustive : nulle mention n'est faite d'un « *notamment* » ou « *à titre indicatif* ».

²²⁸ Houser Matthieu, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », RFDA mars-avril, 2010, p. 323.

²²⁹ Article 13 : 1. Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

On remarquera de surplus que si le sexe est présent, la nationalité est absente, le traité communautaire possédant déjà une règle de prohibition des discriminations fondées sur la nationalité dans son article 12²³⁰ mais seulement dans le domaine de son application.

Inspirée des précédents relatifs à l'égalité des femmes et à celle des ressortissants de l'Union européenne, l'article 13 du traité met fin à une longue controverse sur la pertinence politique et juridique de l'intervention européenne dans l'action antidiscriminatoire. Réduire les discriminations permettrait ainsi de faciliter une libre concurrence, c'est-à-dire non faussée par des comportements irrationnels des acteurs économiques (victimes de préjugés), mais aussi d'assurer le développement des potentialités de l'ensemble des agents du marché. Et, comme le note O. De Schutter, même si « un tel argument n'apparaît plus dans les travaux préparatoires des directives fondées sur l'article 13 » et que « l'on n'en retrouve aucune trace dans le Préambule, le traité d'Amsterdam tente de concilier développement économique et plein-emploi en favorisant la participation généralisée au marché de l'emploi par le biais de l'intégration sociale »²³¹.

Après l'entrée en vigueur du ***traité d'Amsterdam***, trois directives ont été adoptées relativement à la mise en œuvre de l'article qui institue une compétence de la Communauté européenne en matière de lutte contre les discriminations. Ces trois directives, générales et particulières, entendent renforcer la contrainte de l'article 13. Il s'agit de la **directive 2000/43 du 29 juin 2000** concernant *l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*, quel que soit leur champ d'application (emploi, droits sociaux, accès aux biens, éducation). Ensuite, la **directive 2000/78 du 27 novembre 2000** portant création d'un *cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, qui interdit dans le champ de l'emploi l'ensemble des discriminations visées par l'article 13 (le sexe, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle - la discrimination raciale étant couverte par la directive spécifique). De plus, depuis 2000, le droit européen reconnaît le harcèlement comme une des formes possibles de la discrimination. Selon le droit européen, le harcèlement entre salariés est désormais pris en compte en l'absence de lien hiérarchique et sa définition ne suppose pas que ces agissements soient

²³⁰ Article 12 : Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

²³¹ BIRRILLO DANIEL, « Lutter contre les discriminations », Paris 2003

subordonnés à la volonté d'obtenir de la victime un comportement particulier, comme c'était le cas en matière de harcèlement sexuel.

En outre, **la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004** met en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services. Basée sur ces directives, la CJCE a créé de nouvelles formes de discrimination : la discrimination par association et la discrimination future : sans victimes identifiées.

La discrimination par association : le 17 juillet 2008, la CJCE a rendu l'arrêt *Coleman* qui consacre la discrimination par association, c'est-à-dire une discrimination dont un salarié est victime en raison des liens qui l'unissent à une autre personne²³². En outre, **la discrimination sans victimes identifiées** est établie dans l'arrêt rendu par la CJCE le 10 juillet 2008, dans l'affaire *Feryn*. La Cour de Luxembourg affirme que « le fait pour un employeur de déclarer publiquement qu'il ne recrutera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale constitue une discrimination directe à l'embauche. » Elle précise aussi que « l'existence d'une telle discrimination directe ne suppose pas que soit identifiable un plaignant soutenant qu'il aurait été victime d'une telle discrimination ».

L'approche européenne de la non-discrimination ne se limite pas à prohiber la discrimination d'une personne appartenant à un groupe particulier pour l'un des motifs énumérés au traité d'Amsterdam. Elle va dans certains cas jusqu'à exiger des **comportements positifs** pour prendre en compte **leur situation individuelle**. Ainsi l'article 5 de la directive 2000/78²³³ fait-il obligation aux employeurs de « prendre les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent (...) une charge disproportionnée. » Cette exigence, il est vrai tempérée par la référence au caractère « raisonnable » des aménagements à entreprendre, peut, si les intéressés et leurs organisations s'en saisissent, se révéler d'une grande efficacité²³⁴. Le tribunal

²³² En effet, la Cour retient que la directive 2000/78, qui vise, dans le domaine de l'emploi et du travail, à lutter contre toutes les formes de discrimination fondées sur le handicap, s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminée, mais en fonction des motifs visés.

²³³ Transposée en France, par la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances.

²³⁴ AUBIN CLAIRE, JOLY BENJAMIN, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française ? », *Droit social*, n° 12, décembre 2007, p. 1295

italien de Pistoia a déclaré que le refus du ministère de la justice italien d'affecter à un poste proche de son domicile une greffière ayant des difficultés de déplacement du fait de son handicap constituait une discrimination indirecte.

Une telle disposition peut rappeler la notion de **discrimination positive**, dont elle est proche. Mais elle s'en distingue fondamentalement puisqu'il ne s'agit pas d'arbitrer en faveur d'une personne appartenant à une catégorie donnée ou de réserver, suivant un système de quota, un certain pourcentage des emplois à tel ou tel groupe de personnes. Elle vise à compenser les effets du handicap pour remettre la personne qui en est affectée sur un pied d'égalité avec les autres. Le caractère raisonnable des aménagements nécessaires doit s'apprécier au cas par cas, dans une situation donnée, ce qui donne ainsi potentiellement au procès une place importante, conformément à l'approche anglo-saxonne du droit.

La construction textuelle communautaire atteint, en ce qui concerne les discriminations en matière d'emploi et de travail, un certain point d'aboutissement puisqu'à la double prohibition préexistante - fondée sur la nationalité ou le sexe - viennent aujourd'hui s'ajouter des textes de droit dérivé visant les autres motifs de discrimination condamnés par le traité. Suivant une trame de dispositions largement commune, ces directives offrent une véritable théorie d'ensemble relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement, applicable dans les différentes situations de discrimination condamnées par le droit communautaire.

La transposition du droit européen, et tout particulièrement des directives prises en application de l'article 13 du traité, contribue à un renouvellement important du cadre juridique et des politiques menées par les États membres pour lutter contre les inégalités. En effet, si les négociations menées entre les États membres aux héritages nationaux très divers ont été marquées par la recherche du compromis indispensable à une décision à l'unanimité²³⁵, les dispositions finalement retenues présentent une proximité indiscutable avec ce que l'on peut considérer comme le modèle anglo-saxon d'approche de la discrimination développé dès les années 1950 aux États-Unis à partir du mouvement pour les droits civiques.

²³⁶ Le traité d'Amsterdam prévoyait que les normes uniformes, directives ou règlements, en matière de lutte contre les discriminations devaient être adoptées à l'unanimité après consultation du Parlement européen. Le traité de Nice a maintenu la règle de l'unanimité pour les réglementations communautaires mais introduit la majorité qualifiée pour les mesures d'encouragement communautaire à la lutte contre les discriminations.

En résumé, *en Europe*, les quinze dernières années le droit de la non-discrimination a connu un développement et une expansion spectaculaires, contrairement à l'image moins dynamique dominant *aux États-Unis*²³⁶. D'abord principe régulateur du marché, la non-discrimination est devenue une politique sociale à part entière. La tension entre le modèle social qui privilégie la cohésion par l'intervention de la loi, est dépassée par le choix politique actuel consistant à rendre compatibles la loi du marché et les impératifs des droits fondamentaux.

Le domaine spécifique esquissé par les actions antidiscriminatoires constitue un espace nouveau au sein duquel il semble plus facile de concilier les trois grandes traditions qui, en matière d'emploi et de droit social, alimentent la politique de l'Union européenne. Entre le système anglo-saxon de caractère libéral, la tradition continentale de type étatique direct et le modèle scandinave de dialogue social permanent (mais sans intervention directe du pouvoir central), la lutte contre les discriminations permet de constituer un terrain commun où la société civile, les syndicats, les agents économiques et les administrations des États membres peuvent dialoguer et construire des outils adaptés à leurs propres cultures²³⁷. Désormais, et dans la mouvance de ce que Svein Andersen et Kjell Eliassen appellent l'« européification des politiques publiques », avant d'être un lieu de décision, l'Europe émerge de plus en plus comme un lieu de débat, c'est-à-dire un espace stratégique où sont formulés les problèmes et où la palette des solutions est définie : « elle fixe le cadre intellectuel et normatif qui détermine les grandes orientations des politiques publiques. » Ainsi, l'état de droit et de la politique européenne antidiscriminatoire, malgré les difficultés économiques et financières de l'Europe, aujourd'hui, semble énergique et optimiste.

La revue historique présentée ci-dessus permet de percevoir les changements institutionnels, normatifs et idéologiques concernant l'évolution de la structure de la protection contre les discriminations. D'ailleurs, il n'est possible de regarder d'un esprit critique équitable et de formuler des propositions qu'après avoir analysé tous les éléments importants des efforts de lutte contre la discrimination, consentis entre telle époque et telle autre, et avoir vérifié que l'on maîtrise le domaine et les théories en

²³⁶ Trois explications possibles de cette différence sont proposées par GRAINNE DE BURCA dans l'article «The trajectories of European and American Law », *The American Journal of Comparative Law*, p 5.

²³⁷ BORRILLO DANIEL, « Lutter contre les discriminations », Paris 2003

présence. Selon le philosophe grec Platon « si l'on a une bonne mémoire des choses, l'on peut également avoir de bonnes idées ».

Section 5 : Plan de la thèse

La présente thèse est divisée en deux parties. La première s'efforce de présenter la législation luttant contre la discrimination fondée sur le handicap et celle fondée sur l'état de santé, ainsi que de souligner les questions qui ont surgi lors la mise en œuvre de ces dispositions et leur interprétation par la jurisprudence. La deuxième partie aborde l'incapacité des systèmes juridiques actuels, dans la plupart des États, d'assurer une protection efficace aux personnes victimes de discriminations multiples et présentera des solutions par le biais du régime juridique de protection des personnes handicapées, adoptant l'approche individuelle qu'il applique non seulement afin de prouver la discrimination mais aussi afin de la traiter.

PREMIÈRE PARTIE : La discrimination fondée sur le handicap et l'état de santé au sein des relations du travail

Introduction

Le régime juridique de non-discrimination n'est pas uniforme et l'évolution des règles en la matière est intéressante à observer. Ce régime peut être compris en analysant les règles applicables aux différents motifs de discrimination. Il est aussi possible d'esquisser une distinction entre la prohibition de la non-discrimination qui interdit essentiellement toute distinction (fondée sur la race ou le sexe), la non-discrimination suspicion²³⁸, pratiquée en matière de handicap et de la santé, qui n'interdit pas toute distinction mais en encadre étroitement l'utilisation. Ainsi, certains critères discriminatoires, comme le handicap et l'état de santé, relèvent de règles dont l'objet ne consiste pas en l'interdiction de leur utilisation. À l'inverse des règles de non-discrimination-prohibition, ces dispositifs antidiscriminatoires autorisent à recourir aux critères qu'ils visent. Néanmoins, l'invocation de tels critères demeure fermement encadrée. C'est en ce sens que ces règles se fondent sur une suspicion : l'auteur de la distinction ne peut librement et arbitrairement recourir à ces critères. Ces règles antidiscriminatoires de suspicion ne sont pas toutes identiques : soit, elles imposent une procédure, dont le non-respect permet d'établir la discrimination²³⁹, soit, elles reposent sur une obligation de justification. Parfois, ces deux exigences se combinent.²⁴⁰

Ces conditions posées au recours à ces critères particuliers permettent d'assurer une utilisation non discriminatoire. À titre d'illustration, un employeur qui reçoit une personne handicapée candidate à l'embauche, ne peut faire comme si le handicap n'existait pas. Au contraire, dans une telle situation, l'employeur est dans l'obligation de tenir compte du handicap afin de rechercher si des « aménagements raisonnables » sont envisageables, compte tenu tant du handicap que du poste²⁴¹. Bien loin de se voir interdire toute prise en considération du handicap, l'employeur a l'obligation d'étudier

²³⁸ Morgan Sweeney, Docteur en droit, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non discrimination », *Revue de droit du travail* 2012 p. 87.

²³⁹ L'on pourrait prétendre qu'il en est ainsi du critère de l'état de santé. En effet, l'employeur ne peut prendre en considération l'état de santé du salarié que dans le cadre de l'avis médical du médecin du travail. Le recours valable à ce critère est conditionné à la procédure de recueil de cet avis.

²⁴⁰ Par exemple, l'employeur ne peut se fonder sur la maladie du salarié pour un licenciement, qu'après avoir recueilli l'avis du médecin du travail (procédure) et justifié de l'impossibilité du maintien dans l'emploi (justification).

²⁴¹ L'expression d'« aménagement raisonnable » provient directement de l'art. 5 de la directive 2000/78/CE du 27 nov. 2000.

le cas spécifique du candidat handicapé qui se présente à lui²⁴². Il apparaît donc que l'employeur ne peut ignorer le handicap de la personne candidate, mais au contraire qu'une telle ignorance serait constitutive de discrimination, car non justifiée. Contrairement aux critères de la « race » et du genre, pour lesquels l'employeur est tenu à une obligation de « cécité », en matière de handicap il est astreint à une obligation de « conscience. »²⁴³ Ainsi, les règles de non-discrimination-suspicion obligent l'auteur d'une distinction à prendre en considération le trait discriminant pour mieux lutter contre l'exclusion dont fait l'objet certains groupes. Ces règles de non-discrimination obligent, de par l'exigence de justification ou du respect d'une procédure, à porter une attention particulière à l'égard de certaines populations (personnes handicapées, malades, jeunes, seniors, etc.).

Chapitre I : Le cadre juridique de la protection contre la discrimination fondée sur le handicap.

Section 1: L'évolution du droit sur la protection des droits des personnes handicapées et la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006

Le handicap est aujourd'hui identifié comme l'un des facteurs qui exposent les individus à des risques plus grands de discrimination et d'exclusion, c'est-à-dire à des situations où « des personnes ne peuvent participer pleinement à la vie économique, sociale et citoyenne et dont l'accès à un revenu et d'autres ressources (personnelles, familiales, sociales et culturelles) est inadaptée au point qu'elles ne peuvent bénéficier d'une qualité et d'un niveau de vie considérés comme acceptables par la société dans laquelle elles vivent ».

En premier lieu, des supports de la protection sociale ont été conçus pour « compenser » l'absence des personnes handicapées de marché du travail²⁴⁴. Mais ces

²⁴² Pourtant la qualité de travailleur handicapé peut être cachée à l'employeur par le salarié. En effet, la Cour de cassation ne considère pas comme fautive la dissimulation de cet élément au moment du recrutement Cass.soc. 7 nov. 2006, n° 05-41.380 : JurisData n° 2006- 035807 ; Bull civ. 2006, V, n° 326; JCP S 2007, 1053, note P.-Y. Verkindt. La situation de handicap étant liée à l'état de santé de l'individu, son appréhension relève de la compétence exclusive du médecin du travail.

²⁴³ L'on reprend ici l'opposition esquissée par la doctrine américaine entre « *color-blindness* » et « *color-consciousness* » à propos des discriminations raciales, Morgan Sweeney Revue de droit du travail 2012 p. 87 Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination.

²⁴⁴ Tout au long des années 1970, les États-Unis ont élaboré une politique du handicap fondée sur le modèle de la protection sociale. JAHIEL RENE, « Evaluation de l'American disabilities Act », Revue française des Affaires sociales, n° 4, octobre - décembre, 2008, 62^e année.

supports ne visaient pas à remettre en question les obstacles du marché du travail, et encore moins à éviter l'exclusion des personnes handicapées et à contribuer à leur autonomisation. En effet, il s'agissait d'une hypothèse assimilant automatiquement le handicap automatiquement à des déficits et selon laquelle, les déficits doivent être « compensés » par des transferts de richesse. Selon cette logique, l'État providence a pour mission de compenser ceux qui, sans faute de leur part, ont été exclus de la vie productive. Ainsi, les personnes handicapées ont été effectivement considérées comme des « objets » manipulés et non pas comme des « sujets » capables d'envisager leur propre vie et de poursuivre la réalisation de leurs propres projets.

Le slogan des années 1970 aux États-Unis était « vous nous avez donné vos sous, donnez-nous maintenant nos droits » (*you have given us your dimes now gives us our rights*)²⁴⁵. Une dichotomie majeure est ainsi créée : l'État doit-il intervenir, selon le modèle dit « de protection sociale²⁴⁶ » au niveau des handicapés et de leur environnement pour les placer en position de force dans leurs interactions avec leur environnement ou bien doit-il, selon le modèle généralement dit « de non-discrimination », dans lequel la notion de discrimination est interprétée au sens large, recouvrant tous les obstacles liées à l'environnement individuel, agir sur l'environnement pour que ce dernier s'adapte mieux aux besoins des individus²⁴⁷?

Le célèbre *Acte de réhabilitation* de 1973, contenait pour la première fois au monde une disposition sur la non-discrimination au motif du handicap (article 504)²⁴⁸. Mais, aux États-Unis la loi qui revêt une importance majeure en matière de non-discrimination des personnes handicapées est celle de 1990 (Americans with disabilities Act, ADA, et Restoration Act 2008)²⁴⁹ inspirée des droits civiques. Ainsi, l'abandon du modèle fondé sur la protection sociale au profit d'un modèle basé sur la non-discrimination a représenté un passage d'une politique de promotion de l'égalité de résultats à une politique de promotion de l'égalité des chances, dans le cadre de

²⁴⁵QUINN GERARD, FLYNN EILIONOIR, « Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability », *The American Journal of Comparative Law*, winter 2012, number 1, p. 32.

²⁴⁶La loi française du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées repose sur le modèle de la protection sociale.

²⁴⁷JAHIEL RENE, « Évaluation de l'Americans with disabilities Act », *Revue française des affaires sociales*, n° 4, octobre-décembre 2008, 62^e année.

²⁴⁸QUINN GERARD, FLYNN EILIONOIR, « Transatlantic Borrowings : The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability », *The American Journal of Comparative Law*, winter 2012, number 1, p. 32

²⁴⁹Il n'est pas exagéré de dire que le droit des États-Unis en matière de personnes handicapées repose entièrement sur le modèle de la "défense des droits civiques" QUINN GERARD, FLYNN EILIONOIR

laquelle les individus ne perçoivent pas passivement des prestations mais sont acteurs de l'évolution de leur situation, notamment dans le contexte de l'ADA, à travers la possibilité d'engager une action en justice s'ils s'estiment victimes de discrimination. Toutefois, la Cour suprême américaine n'a pas vraiment compris la théorie de la construction sociale de la définition du handicap de l'ADA et elle a adopté, dans une trilogie d'arrêts infâmes une interprétation trop étroite²⁵⁰. Le résultat en fut que de nombreux cas notables n'ont jamais été entendus²⁵¹ parce que les demandeurs n'arrivaient pas à établir la présence d'un handicap légitime au regard de la législation. Une amélioration de la législation a été adoptée par le Congrès en 2008 pour inverser l'effet de ces décisions de la Cour suprême. Il a adopté la Loi sur les amendements de l'Acte de l'ADA (ADAAA), qui vise à inverser les interprétations restrictives par les tribunaux américains.

D'autre part, l'avantage incomparable que présente la législation anti-discrimination de se concentrer sur l'expérience individuelle et d'offrir une voie de recours pour la personne lésée était absent du droit et de la politique européenne jusqu'à tout récemment²⁵². Dans l'Union européenne, les mouvements initiaux d'action sociale en matière de handicap ne sont pas fondés sur une philosophie cohérente. Ils ont eu lieu par simple réaction d'ordre moral. Mais, en 1997, avec le traité d'Amsterdam, le modèle médical est remplacé par la construction sociale du handicap, situant les problèmes en dehors de la personne, et le modèle des droits civiques comme instrument de non-discrimination était invoqué pour contester l'héritage du passé et apporter des changements. Désormais, l'Europe était prête à emprunter la première voie tracée par les États-Unis.

Les racines intellectuelles de la législation et de la politique communautaire sur les droits des personnes handicapées ne sont pas d'origine européenne. En effet, le droit communautaire a ses racines aux États-Unis et aussi, plus généralement, dans les influences internationales²⁵³.

²⁵⁰ *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624 (1998)/*Sutton v. United Airlines*, 527 U.S. 471 (1999)/ *Murphy v. UPS*, 527 U.S. 516 (1999)

²⁵¹ Curieusement, la même chose s'est produite au Royaume-Uni avec le Disability Discrimination Act (1994).

²⁵² Mais, malgré son inspiration immense et sa pratique forte, le modèle du droit américain des handicapés a été fortement critiqué pour trop s'appuyer sur les « droits civils » et sur la philosophie de l'égalité des chances.

²⁵³ QUINN GERARD, FLYNN EILIONOIR, « Transatlantic Borrowings : The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability », *The American Journal of Comparative Law*, winter 2012, number 1, p. 23.

Ensuite, il est remarquable que la conciliation du handicap et de l'emploi fait l'objet d'un encadrement normatif important, en décalage avec la situation des personnes handicapées sur le marché du travail. Ainsi, il convient de citer certains textes qui traitent des conditions de la protection des personnes handicapées en abordant spécifiquement les problématiques d'emploi. La convention OIT n° 159 du 20 juin 1983 sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées précise ainsi les obligations des États en matière de mise en place d'institutions dédiées (suivi, orientation, rééducation, formation), l'article 5 impose la consultation des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs sur la politique nationale en la matière. De même, le droit de l'Union européenne énonce des principes généraux fondés sur la nécessité d'un traitement non discriminatoire des travailleurs handicapés par rapport aux autres actifs. La question du handicap au travail est alors essentiellement appréhendée à travers ce principe d'égalité. Ainsi, la recommandation du 24 juillet 1986 sur l'emploi des personnes handicapées rappelait l'égalité entre ces personnes et les autres en matière de formation et d'emploi. Ensuite, la résolution du 20 décembre 1996 sur l'égalité des chances pour les personnes handicapées souligna la nécessité de politiques globales. La résolution du Conseil du 17 juin 1999 sur l'égalité des chances en matière d'emploi pour les personnes handicapées invita les États membres à élaborer des approches politiques positives et préventives pour favoriser leur insertion. L'article 19 TFUE prohibe les discriminations fondées notamment sur le handicap. Dans le même sens, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne traite du handicap et fonde les droits des intéressés. L'article 21 rappelle le principe de non-discrimination en la matière. Ensuite, selon la directive européenne 2000/78, le handicap (fondamentalement lié à l'état de santé réduit de la personne) demeure un facteur discriminant et, de ce point de vue, prohibé²⁵⁴.

Le handicap est donc avant tout un critère discriminatoire. Dans ce cadre normatif, la Cour de justice de l'Union européenne considère que le principe d'interdiction des discriminations ne bénéficie pas uniquement aux seules personnes handicapées. Le fait qu'un employeur traite un salarié ne présentant pas de handicap de manière moins favorable qu'un collègue et qu'il apparaît que le traitement dont le

²⁵⁴ HEAS FRANCK, « État de santé, handicap et discrimination en droit du travail », La Semaine Juridique, édition sociale, n° 24, 14 juin 2011.

premier est victime est fondé sur le handicap de son enfant dont il doit s'occuper est contraire à l'interdiction des discriminations directes²⁵⁵.

Nous avons déjà indiqué que le corpus du droit et de la politique de l'Union européenne sur le handicap s'appuie fortement sur le droit américain préexistant. Toutefois, par la suite, le droit de l'Union européenne a également eu une influence majeure sur la création d'un nouveau droit international. L'Union européenne a joué un rôle prépondérant dans les négociations et l'élaboration de la nouvelle convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées (CDPH 2002-2006)²⁵⁶.

La Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées étend un filet de protection globale concernant l'accessibilité, la sensibilisation, l'autonomie, la mobilité, l'éducation, la santé ou la participation à la vie en société. Selon Michel Blatman, l'idée de base sur laquelle repose l'édifice de la cette Convention est que la personne handicapée, dont la dignité et la valeur sont affirmées par ce texte (Préambule, a), doit pouvoir jouir des mêmes droits que « les autres », c'est-à-dire les personnes non handicapées. Dès lors, il est possible à la personne handicapée de revendiquer le bénéfice d'avantages, chances et droits d'accès reconnus aux autres. Il est symétriquement interdit de les lui refuser pour le seul motif tiré de sa situation de handicap, sauf à démontrer l'impossibilité de mesures palliatives ou correctrices dites « aménagements raisonnables » permettant de compenser, sans charge disproportionnée ou induite, la différence existante.

La Convention étant « globale et intégrée », incorpore nombre de stipulations de textes internationaux antérieurs, et régit de multiples aspects de la vie des personnes handicapées non spécifiquement traités par ces instruments préexistants : femmes handicapées, enfants handicapés, accessibilité à l'environnement physique, à la justice, à l'éducation et à la santé, droit à la vie, reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, respect du domicile, de la vie privée et familiale, liberté d'expression et d'opinion, droit au travail et protection de l'emploi. Le but poursuivi par cette Convention est que puissent être assurées l'indépendance et l'autonomie de vie individuelle des personnes handicapées, laquelle comprend la liberté de faire ses propres choix comme d'exprimer ses préférences, et de leur permettre une inclusion

²⁵⁵ CJCE 17 juill. 2008, affaire C-303/06, S. Coleman.

²⁵⁶ À cause de l'absence, dans ces débats, des États-Unis au cours du mandat de Bush

dans la société qui passe notamment par la participation à la vie politique, la vie publique, la vie culturelle et récréative, les loisirs et les sports²⁵⁷.

Il est intéressant de relever que la Convention des Nations Unies cherche consciemment à réaligner le modèle des droits civils sur le handicap avec un accent égal sur la justice sociale et les droits relatifs, y compris les droits économiques, sociaux et culturels. En d'autres termes, l'idée de non-discrimination a été utilisée pour amener à la pleine diffusion des droits civils et politiques mais aussi économiques, sociaux et culturels, à la situation particulière des personnes handicapées. Ainsi, la convention place tous les droits et libertés proclamés sous le signe de l'égalité de traitement avec les autres et de la non-discrimination²⁵⁸.

En conséquence, la convention établit la question de l'alliance entre la justice sociale et les droits civils traditionnels. Elle fournit des outils pratiques et conceptuels permettant la fusion des deux modèles. Ensuite, la dont la Convention comble le fossé entre les deux modèles est aussi intéressante. Le lien conceptuel, dans la Convention, entre les droits civils et politiques, d'une part, et les droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part, est le concept de l'égalité des chances et de la non-discrimination. Elle offre donc la possibilité de rafraîchir le modèle européen de protection sociale et d'étendre l'interprétation américaine de la non-discrimination.

La Convention des Nations Unies est devenue le noyau central de la législation et de la politique européenne sur le handicap. L'Union européenne et la plupart de ses États membres ont ratifié la convention dans sa propre sphère de compétence²⁵⁹. Néanmoins, la Convention bénéficie d'une sorte de statut quasi-constitutionnel, inférieur aux traités instituant l'Union, mais supérieur au droit dérivé, telles que les directives. Cela signifie que la Convention aura une certaine valeur interprétative pour la Cour de Justice de l'Union européenne sur la législation et la politique existante²⁶⁰.

²⁵⁷ BLATMAN MICHEL, étude « L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseur des droits République française.

²⁵⁸ BLATMAN MICHEL, étude « L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseur des droits République française.

²⁵⁹ 2010/48/EC, L23/35

²⁶⁰ Certaines questions restent ouvertes quant à l'utilité de la Convention dans le processus législatif et politique de l'Union européenne. Des doutes sérieux ont été exprimés au sein de la Commission quant à savoir si la Convention peut devenir un moteur important du programme de la réforme. QUINN GERARD, FLYNN EILIONOIR, « Transatlantic Borrowings : The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability », The American Journal of Comparative Law, winter 2012, number 1, p. 23

Aussi, en ce qui concerne son application par les tribunaux internes Michel Blatman souligne que l'effectivité des protections instituées par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées passe par leur invocation devant les tribunaux et leur prise en compte par ceux-ci. C'est ce qu'énonce le paragraphe 26 des directives : « La transposition ou l'application directe d'instruments internationaux reconnaissant des droits économiques, sociaux et culturels dans l'ordre juridique interne peut nettement améliorer la portée et l'efficacité des recours, et devrait être encouragée dans tous les cas ». Néanmoins, selon Michel Blatman, il est parfois possible, par analogie avec d'autres traités ou accords ratifiés par l'État pour lesquels l'effet direct²⁶¹ a été reconnu ou écarté par le juge national, d'anticiper la reconnaissance de l'effet direct d'une disposition de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées. Cette analogie est possible lorsque les dispositions issues de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées et d'une autre convention sont de même nature²⁶².

La Convention est explicitement le pivot de la Stratégie des personnes handicapées récemment adoptée par l'Union européenne (2010 à 2020), relevant toujours des compétences de l'Union européenne. Il est aussi défini que la Convention aura une influence majeure sur l'orientation future de la législation et des politiques américaines sur le handicap. Dans ce sens, la Convention offre un point commun de rencontre permettant aux deux côtés de l'Atlantique d'envisager une approche plus globale ancrée dans la notion de non-discrimination et susceptible de nous amener au-delà des politiques sociales existantes.

En résumé, les emprunts par les États-Unis, la traduction du modèle des droits civiques des États-Unis dans le droit communautaire ajoutant des caractéristiques sociales européens et la projection par l'Union européenne de ce modèle vers l'extérieur et dans les Nations Unies ont donné lieu à un nouvel instrument incarnant une

²⁶¹ Une disposition est considérée « d'effet direct » lorsque celle-ci produit directement des effets à l'égard des particuliers. Le cas échéant, cela peut permettre au juge d'écarter la disposition du droit national qui n'est pas conforme à la Convention afin de faire application de la Convention dans le litige dont il est saisi. Pour qu'une disposition conventionnelle soit reconnue d'effet direct, elle doit satisfaire certains critères : être suffisamment précise et inconditionnelle, avoir pour objet de garantir des droits au profit des particuliers et ne pas nécessiter de mesures complémentaires de l'État pour produire des effets à l'égard des particuliers. BLATMAN MICHEL, étude « L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseur des droits République française.

²⁶² BLATMAN MICHEL, étude « L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseur des droits République française.

nouvelle synthèse qui, à son tour, constitue le potentiel pour développer davantage le droit et la politique communautaire. Le processus a réalisé un cycle complet. Ainsi, aujourd'hui, il est juste de dire que la législation et la politique de l'Union européenne en matière de droits des personnes handicapées sont, à la fois, le produit et le bénéficiaire principal du nouveau système juridique qui facilite l'échange mutuel des idéaux transatlantiques et internationaux de la justice.

Section 2 : Définition

A. Les origines du concept de handicap

Étudier la politique européenne contre la discrimination des personnes handicapées implique de définir préalablement la notion complexe du handicap. Il s'agit, tout d'abord, d'un terme relativement récent qui s'est progressivement substitué aux anciennes notions d'infirmité et d'invalidité, traduisant d'ailleurs le changement de comportement des pouvoirs publics, et de la société en général, à l'égard des personnes handicapées.

La notion de handicap provient de l'anglais « hand in cap » qui désignait un jeu où l'on se disputait des objets personnels dont le prix était proposé par un arbitre, la mise étant déposée dans un chapeau. Il a, par la suite, désigné la compétition entre deux chevaux puis des courses des chevaux. Afin de donner les mêmes chances aux participants, les meilleurs chevaux devaient porter un poids plus lourd (courses de galop) ou parcourir une plus grande distance (courses de trot)²⁶³. Henri-Jacques Stiker²⁶⁴ présente bien le modèle du handicap à l'aune de la raison productiviste et technologique de notre temps : sur l'ensemble des citoyens, on repère une population

²⁶³Selon le *Petit Robert* (1988), il s'agit d'une course ouverte à des chevaux dont les chances de vaincre, naturellement inégales, sont, en principe, égalisées par l'obligation faite aux meilleurs de porter un poids plus grand (courses au galop) ou de parcourir une distance plus longue (courses au trot). Selon Jacques Côté qui a étudié la question, le moyen utilisé pour égaliser les chances consiste à ajouter ou à enlever sous la selle des plaques de fonte de 2,2 kg (5 livres). C'est le commissaire handicapé qui a la responsabilité d'égaliser les chances des concurrents en chargeant davantage le meilleur cheval et en délestant le plus possible la monture qu'il juge moins compétitive pour diverses raisons. Cette pondération joue dans une fourchette de poids allant de 43,1 kg (95 livres) à 61,8 kg (136 livres). Le commissaire handicapé utilise une échelle de poids pour effectuer l'égalisation des chances. Cette échelle a été bâtie à la suite de « générations » d'essais et d'erreurs afin d'établir un niveau de base pour pondérer les chances de chevaux d'âge ou de sexe différents ; ce qui peut varier suivant le mois et la distance de la course. J. Côté, « La notion de handicap : l'histoire d'un prodigieux contresens », *Synergie*, vol. 3, 1991, p. 2.

²⁶⁴H.J. Stiker, « Handicap et Exclusion. La construction sociale du handicap », in : S. Paugam (dir.), *L'exclusion : l'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 1996, 583 p.

particulière à la manière dont on extrait la population des chevaux de course sur l'ensemble de la race chevaline. Cette extraction catégorielle a pour but l'amélioration de cette population (but du turf pour la race chevaline) que l'on va d'abord classer : de même qu'il y a les pur-sang, les trotteurs, etc., il y a les handicapés physiques, mentaux, sensoriels, etc. Pour chaque catégorie sont désormais prévues des formes et des techniques d'entraînement et de rattrapage, et donc une spécialisation accentuée. Enfin, il y a une mise à l'épreuve, un reclassement, une réinsertion et ainsi, dans la mesure du possible, une participation en parts égales à la compétition commune.

Ainsi, dans la notion du handicap, on retrouve, sous-jacente, l'idée d'une comparaison permettant une catégorisation. Le handicap n'existe que par comparaison ; il est indissociable de l'existence d'une référence, d'une norme. Mais se trouve également présente dans cette définition, l'idée d'un réajustement, d'une compensation devant permettre une égalisation des chances.

Jacques Côté ²⁶⁵ traduit la nouvelle réalité du handicap : le handicap est devenu une caractéristique individuelle dévalorisante découlant automatiquement d'une incapacité ou d'une déficience. C'est assumer qu'un individu qui présente une déficience ou une incapacité est nécessairement inférieur, mal placé, hors-concours, disqualifié. Il fait pitié avec sa différence, l'attention étant entièrement centrée sur cette particularité perçue comme envahissante et qui le désigne comme une victime. Dans ce glissement de sens, la contribution des citoyens ayant la chance de n'avoir ni déficience ni incapacité est complètement évacuée. La société ne leur demande plus d'accepter une surcharge pour équilibrer les chances de réussite.

Les personnes handicapées ont dû subir l'intolérance des règles sociales qui n'étaient guère adaptées pour elles. Ces règles adoptées par chaque groupe social, pour chaque société, établissent une certaine normalité qui se révèle dans les lois, les coutumes, les religions, le mode de vie. Ces « façons de voir », ces « manières de vivre » se transmettent de génération en génération et constituent la trame culturelle enseignée aux enfants. Cette interprétation de la réalité distingue également les critères du normal et de l'anormal. On n'est pas normal quand physiquement ou psychiquement on ne ressemble pas aux autres, quand on ne possède pas le même potentiel physique ou mental que la majorité. On rentre aussi que dans la catégorie des anormaux, quand on

²⁶⁵J. Côté, « La notion de handicap : l'histoire d'un prodigieux contresens », *Synergie*, vol. 3, 1991, p. 2.

appartient à un groupe qui ne pense pas comme les autres ou qu'on agit simplement « à côté » des comportements habituels de l'ensemble des citoyens soit par incapacité individuelle à s'adapter aux règles du jeu proposées, soit parce que celles-ci n'ont jamais tenu compte des différences de capacités d'adaptation de certains citoyens.

Les spécialistes de l'intégration sociale des personnes handicapées²⁶⁶ ont bien compris la position stratégique du corps dans la communication avec autrui. Dans la société contemporaine, disent-ils en chœur, le physique constitue une valeur qui influence grandement notre manière de juger une personne. En effet, la santé du corps est associée à l'efficacité et la performance, alors que sa beauté est reliée à la capacité de séduire et de plaire. Souvent, de façon spontanée, on attribue à quelqu'un des traits de personnalité à partir de la simple observation de son apparence physique. Les premières impressions ressenties entre des étrangers sont donc largement conditionnées par l'apparence du corps. On peut s'imaginer dès lors les fortes réactions que peuvent susciter des personnes avec un handicap visible lorsqu'elles entrent en contact avec autrui : un sentiment d'inconfort se traduisant par l'évitement, le fait de dévisager, etc.

En France, le handicap prend, dès 1913, le sens de l'entrave, la gêne, l'infériorité qui touchent une personne tandis que le handicapé est celui qui subit le handicap. Dans son sens commun, le handicap est un terme générique sous lequel sont recensées des populations très hétérogènes et des situations très diverses. Il peut s'agir d'une déficience motrice, d'une déficience visuelle ou auditive, d'une déficience du langage, d'une déficience viscérale ou métabolique, d'une déficience intellectuelle ou psychique ou de toute autre forme de déficience. Il n'est cependant pas suffisant de définir le handicap à l'une des formes qu'il peut prendre compte tenu d'une taxinomie encore mal établie et de facteurs exogènes créant eux-mêmes des situations de handicap. Selon Isabelle Ville et Jean-François Ravaud, une définition du handicap, fondée seulement sur l'incapacité ou la déficience (nature du handicap) et par le désavantage social qui est en découle (conséquence du handicap) n'est pas acceptable car elle est « sous-tendue par une relation linéaire de cause à effet entre les déficiences et les désavantages, ce qui en fait toujours un modèle individuel expliquant l'expérience sociale négative des

²⁶⁶P. Sheenan, J.-M. Boisvert, M. Pépin et P. Fougeyrollas, « Les attitudes envers les personnes ayant une incapacité physique », *Revue internationale de psychologie sociale*, n° 2, 1995.

personnes par leurs attributs personnels sans tenir compte des facteurs contextuels²⁶⁷. D'un point de vue sociologique, le handicap pourrait alors s'apparenter à tout ce qui impose des restrictions à la participation sociale, résultant de l'interaction entre une limitation d'activité, consécutive à un problème de santé ou un accident, et des obstacles environnementaux (barrières physiques, architecturales ou psychosociologiques) (attitudes négatives, discriminations)²⁶⁸.

B. L'actualité du concept, la construction sociale du handicap

La construction sociale du handicap déplace le problème loin de la personne (aucune personne n'est le problème), contrairement au modèle médical²⁶⁹, et le resitue dans les processus sociaux liées à la diversité des hommes. Certains sont même allés jusqu'à dire que le handicap n'existe pas en tant que catégorie ontologique et que c'est la société qui crée la personne handicapée²⁷⁰. Les modèles dits sociaux du handicap ont été développés par les mouvements de personnes handicapées, dans les pays anglo-saxons, pour s'opposer au « modèle médical » et aux pratiques de prise en charge qui leur étaient imposées (réadaptation et rééducation médicale, institutionnalisation). C'est ainsi que doit être comprise l'opposition entre modèle individuel et modèle social du handicap : social car le handicap y est conçu comme la conséquence des obstacles posés par la société aux personnes présentant une déficience (ce sont dès lors ces circonstances matérielles ou sociales qui doivent être amendées),

²⁶⁷ VILLE I. et RAVAUD J.-F. « Personnes handicapées et situations de handicap. »

²⁶⁸ LAURENT SYLVAIN « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », Droit Social, n° 5, mai 2008, p. 586.

²⁶⁹ **Définition de l'origine médicale, Prénatale** : Génétique, Chromosomique Embryofœtopathies (cytomégalovirus, toxoplasmose, rubéole, herpès...), Anomalie cérébrale (hydrocéphalie, microcéphalie, ...), Anomalie congénitale multiple avec ou sans retard mental, Hémorragie et accidents vasculaires cérébraux anténatals. Si supérieure à 34 semaines d'aménorrhée : imagerie cérébrale anormale (leucomalacie péri-ventriculaire...) et absence d'événement péri/néonatal. **Péri- ou néonatale à 34 semaines d'aménorrhée et moins** : *Vraisemblable*, Hémorragie de grade III ou IV d'origine péri/néonatale identifiée, Œdème/souffrance cérébrale lié à un choc ou souffrance néonatale (insuffisance viscérale et réanimation), Bactériémie et infection du système nerveux centrale d'origine péri/néonatale identifiée, Imagerie cérébrale initiale normale puis apparition des images (leucomalacie péri-ventriculaire et/ou hémorragie intra-ventriculaire) qui ne répondent pas aux critères anténatals, *Probable*, Apgar bas inférieur 3 à 5 minutes ou 5 à 10 minutes, ou pH inférieur 6,9, Ventilation assistée de plus de 7 jours ou pneumothorax. **Péri- ou néonatale après 34 semaines d'aménorrhée**, Hémorragie ou AVC d'origine péri/néonatale identifiée, Œdème/souffrance cérébrale lié à un choc ou souffrance néonatale (insuffisance viscérale et réanimation), Bactériémie et infection du système nerveux centrale d'origine péri/néonatale identifiée, Encéphalopathie hypoxique ischémique (Apgar inférieur 5 à 1 ou 5 minutes, réanimation/ventilation, convulsions avant le troisième jour).

²⁷⁰ QUINN GERARD, FLYNN EILIONOIR, « Transatlantic Borrowings : The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability », The American Journal of Comparative Law, winter 2012, number 1, p. 23

alors que dans le modèle médical, le handicap est conçu comme conséquence d'un déficit ou d'une incapacité de l'individu, qui doit par conséquent s'adapter²⁷¹.

En France, la L. 57-1223 du 23 novembre 1957 considère comme travailleur handicapé « toute personne dont les possibilités d'acquérir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite d'une insuffisance ou d'une diminution de ses capacités physiques ou mentales ». Jusque-là, il s'agissait de comptabiliser le nombre d'individus qui, à cause de caractéristiques spécifiques, ne correspondaient pas à la norme majoritaire. Bref, c'était l'individu qui portait à lui tout seul le poids du handicap. La loi nouvelle du 11 février 2005, met plutôt l'accent sur les déterminants environnementaux. Selon son article L 114 (c. aide soc. Fam.) : « Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychologiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ».

De plus, **l'Union européenne** considère le handicap comme un concept social et met l'accent sur les obstacles environnementaux²⁷², en signant la convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. Elle entérine ainsi une évolution conceptuelle, d'une notion médicale à une notion sociale du handicap qui revient à définir le handicap non pas comme inhérent à la personne mais comme l'effet des obstacles que celle-ci rencontre en raison des difficultés d'accès dans son environnement. Une telle évolution conduit à mettre l'accent prioritairement sur la non-discrimination et sur l'accessibilité plutôt que sur la réparation, l'appareillage et la réadaptation.

C'est dans l'interrelation entre l'individu et son environnement que se définit alors la gravité du handicap. Et nous arrivons ainsi à la construction sociale du handicap. Autrement dit, le handicap ne serait plus dans la nature des hommes, déterminé par des données génétiques, physiologiques, physiques, mais dans la culture, c'est-à-dire dans le rapport que les individus entretiennent consciemment ou non avec l'environnement

²⁷¹PACHOUD BERNARD, LEPLEGE ALAIN, PLAGNOL ARNAUD, « La problématique de l'insertion professionnelle des personnes présentant un handicap physique : les différentes dimensions à prendre en compte », Revue française des Affaires sociales, 2009.

²⁷²COHU SYLVIE, LEQUET-SLAMA DIANE, VELCHE DOMINIQUE, « Les politiques en faveur des personnes handicapées dans cinq pays européens » Revue française des Affaires sociales, n°2 avril-juin 2005, p.11.

social²⁷³. Dans cette nouvelle perspective, qu'est-ce que le handicap ? Selon l'OMS²⁷⁴, la notion de handicap rend compte d'un processus qui recouvre plusieurs dimensions :

La déficience est une perte, une malformation ou une anomalie d'un organe, une altération d'une structure ou d'une fonction mentale, psychologique, physiologique ou anatomique. C'est la résultante d'un état pathologique objectif, observable, mesurable et pouvant faire l'objet d'un diagnostic.

L'incapacité est une perte ou une limitation, un manque d'habileté pour accomplir une activité de la manière ou à l'intérieur des limites considérées comme normales pour un être humain. L'incapacité provient de la déficience et de la réaction de chaque individu par rapport à celle-ci dans un type d'activités précis. Il existe tout un domaine varié de situations : incapacité quant aux soins personnels, à la mobilité, aux communications, à un travail, etc.

Le handicap ou désavantage social est une limite ou un empêchement, découlant d'une déficience ou d'une incapacité, pour une personne de jouer, dans son milieu, les rôles joués par les autres individus. La notion de handicap renvoie aux valeurs d'un milieu ; elle se caractérise par la différence entre une performance individuelle et les attentes d'un groupe dont l'individu fait partie.

Dans le modèle originel de 1980 de l'Organisation mondiale de la santé, les liens entre ces trois dimensions semblent linéaires. Au premier niveau correspondent des réponses médicales, au second des réponses médico-psychologiques et rééducatives, au troisième des réponses institutionnelles et, éventuellement, politiques. Cette absence de définition précise de la notion de handicap génère des difficultés sérieuses qui se retrouvent au plan national.

Un courant de pensée, représenté principalement au Québec par Fougeyrollas²⁷⁵, suggère que le handicap se situe plutôt dans l'interaction individu-environnement. Le handicap n'existe pas si l'environnement est adapté, modifié pour tenir compte des besoins de l'individu. De 1989 à nos jours, ce modèle interactif est figé jusqu'à

²⁷³ BUI-XUAN GILLES, COMPTE ROY, MIKULOVIC JACQUES, « La culture du handicap peut-elle être une culture du métissage », [http : // corpsetculture.revues.org/839](http://corpsetculture.revues.org/839).

²⁷⁴ Organisation mondiale de la santé (OMS), *Classification internationale des handicaps : déficiences, incapacités et désavantages*, Paris, CTNERHI - INSERM, 1988, 203 p.

²⁷⁵ P. Fougeyrollas, « Le processus de production des handicaps : analyse de la consultation et nouvelles propositions complètes », *Réseau international CIDIH*, vol. 4, n° 1-2, juin 1991

aboutir à ce que l'auteur appelle le processus de production des handicaps, explicité par cinq définitions qui en reprennent les principaux éléments :

Les causes d'une déficience peuvent être regroupées en quatre catégories :

1. celles qui sont rattachées à l'organisation sociale et environnementale,
2. celles qui relèvent du comportement individuel (social, culturel),
3. celles qui font suite à un accident,
4. celles qui sont liées à la biologie. Pour chacune des catégories, plusieurs

facteurs de risque sont mentionnés.

« La déficience correspond à toute anomalie et à toute modification physiologique, anatomique ou histologique. » Une déficience résulte d'une ou de plusieurs causes.

« L'incapacité correspond à toute perturbation, résultant de la déficience, des activités physiques et mentales considérées comme normales pour un être humain (selon les caractéristiques biologiques). » Elle se manifeste comme un degré de modification, par excès ou par défaut, de la capacité d'accomplir une activité physique ou mentale, à la suite d'une ou de plusieurs déficiences. Les obstacles se définissent comme « l'ensemble des dimensions sociales, culturelles et écologiques qui déterminent l'organisation et le contexte d'une société. » « La situation de handicap est une perturbation pour une personne dans la réalisation d'habitudes de vie compte tenu de l'âge, du sexe, de l'identité socioculturelle, résultant, d'une part, de déficiences ou d'incapacités et, d'autre part, d'obstacles découlant de facteurs environnementaux » « Les habitudes de vie sont celles qui assurent la survie et l'épanouissement d'une personne dans la société tout au long de son existence. Ce sont les activités quotidiennes et domestiques ainsi que les rôles sociaux valorisés par le contexte socioculturel pour une personne selon son âge, son sexe, son identité sociale et personnelle. »

Rapportée par Côté²⁷⁶, la définition suédoise du handicap est semblable, sur le fond tout au moins, au modèle interactif québécois. L'individu est jugé constant et l'environnement variable. Le handicap découlerait des imperfections de l'environnement qui, variable, créerait ou non pour l'individu des situations de

²⁷⁶J. Côté, « La notion de handicap : l'histoire d'un prodigieux contresens », *Synergie*, vol. 3, 1991, p. 2.

handicap. Ainsi, certains milieux, tant physiques que sociaux, seraient relativement incapables de pourvoir aux besoins d'une catégorie de citoyens.

En dernier lieu, il existe une autre approche du handicap, l'autohandicap. Le rejet ainsi que l'aide excessive soulignent la différence et creusent la distance entre la personne handicapée et autrui. Il arrive que des « handicapés », assurés de recevoir une pension à vie et d'être servis sans effort, ne suivent aucun programme de réadaptation et adoptent une attitude d'oisiveté, de retrait social. On peut même imaginer une situation idéale où toutes les conditions nécessaires au plein épanouissement de la personne handicapée se rencontreraient. Malgré tout, il resterait encore des « personnes dont le milieu intérieur (psychologique) créerait une situation de handicap en interaction avec une déficience ou une incapacité perçue comme autodévalorisante. » Même s'il n'existe pas une forte tradition de recherche sur cet aspect du handicap, les bénéfices secondaires sur le plan de la représentation (« les innocents sacrés ») comme sur le plan des modalités de vie (traitement de faveur, discrimination positive) sont présents depuis longtemps. Ainsi, les conséquences néfastes du handicap doivent être répertoriées d'abord du côté des obstacles dressés par les environnements, tant physiques que sociaux. C'est assurément l'organisation de l'espace social qui soulève les obstacles les plus courants, comme en témoignent la quasi-totalité des écrits. Cependant, comme cela a toujours été le cas, il faut également tenir compte de la motivation, de la formation, des valeurs, des attitudes de la personne handicapée elle-même²⁷⁷.

La matrice normative détermine les attentes de la société à l'égard des individus et des groupes qui la composent. En définissant ce qui est normal, la matrice évoque inmanquablement ce qui ne l'est pas. Recourir à la norme, à la règle, c'est aussi vouloir abolir toute différence. Et toute organisation doit, pour se maintenir, reposer obligatoirement sur des règles, implicites et explicites, qui entraînent l'exclusion de « tout ce qui dans le réel est sinueux et tordu.²⁷⁸»

²⁷⁷DORVIL HENRI, MAYER ROBERT « Le handicap. Origines et actualité d'un concept » Un article publié dans l'ouvrage Problèmes sociaux. Tome I. Théories et méthodologies. Première partie, chapitre 8, pp. 191-215. Québec: Les Presses de l'Université du Québec, 2001, 592 pp. Collection : Problèmes sociaux et interventions sociales.

²⁷⁸R. Dhoquois, *Appartenance et exclusion*, Paris, L'Harmattan, 1991, p. 16.

Selon Dhoquois, « l'exclusion résulte de la fermeture d'un espace social au nom de normes qui ne sont pas nécessairement celles de la société dominante, mais qui peuvent être nos propres normes, éventuellement changeantes ou réversibles selon la situation personnelle où nous nous trouvons placés. Dans ces conditions, tout le monde est exclu et tout le monde exclut à un moment donné [...]. » Qu'il s'agisse de l'exclusion privée vécue à travers une relation interactive entre deux individus et de l'exclusion massive qui mène à l'internement et au génocide, le commun dénominateur de ces individus, de ces groupes discriminés est de n'être pas ce qu'ils devraient être au regard des dominants, de ne pas correspondre au canon de la conformité. La conformité étant ce qui sert de référence au groupe qui, disposant des moyens de pouvoir, peut assurer la diffusion de ce canon au nom de la nature, du droit, de la religion, de la science, pour reprendre les critères d'objectivité, d'universalité répertoriés par Noël (1989) à travers l'histoire²⁷⁹.

Une recherche²⁸⁰ effectuée à partir d'un échantillon représentatif de 2 228 secteurs de l'industrie française a établi hors de tout doute la forte discrimination qui frappe les personnes handicapées en quête d'emploi. L'enquête permet de distinguer les employeurs qui embauchent des personnes avec des troubles de comportement de ceux qui refusent de le faire. Chez ces derniers, on relève beaucoup de réponses d'évitement du type « Pas de débouchés dans l'immédiat », « L'embauche ne relève pas du bureau d'ici. » Par ordre d'importance, un deuxième type de réponse peut se résumer ainsi : la personne handicapée aurait besoin de surveillance étroite, continue et coûteuse, elle serait démesurément sujette aux accidents, elle aurait une mauvaise santé, ce qui entraînerait un absentéisme chronique et un mauvais rendement au travail. En ce qui concerne les employeurs qui manifestent le désir d'embaucher des personnes ayant des troubles de développement, il n'y a pas de passage à l'acte chez eux, les bonnes intentions demeurant une mesure de résistance passive. Souvent, ces employeurs n'étaient même pas disposés à recevoir des demandes de renseignements ou d'emploi de personnes handicapées.

L'objectif à atteindre est de permettre à tous, en particulier aux personnes qui souffrent d'un handicap, mais également aux personnes vivant dans la communauté qui

²⁷⁹ L. Noël, *L'intolérance, une problématique générale*, Montréal, Éditions du Boréal, 1989, p. 308

²⁸⁰ J.-F. Ravaut, B. Madiotet, I. Ville, « Discrimination towards disabled people seeking employment », *Social Sciences and Medicine*, vol. 35, no 8, 1992, p. 951-958.

les accueille, de mener une vie socialement et économiquement satisfaisante, c'est-à-dire, d'être en mesure d'atteindre une intégration sociale pleine et entière. La personne handicapée n'a pas à porter toute seule le poids du handicap. Ce poids devrait être partagé par la personne normale ainsi que par l'ensemble de la société. Ce point de vue dénote le relativisme culturel du handicap sur le plan des personnes, certes, mais il est aussi vrai de la variation des attitudes selon le temps et les lieux. Un gaucher n'est gaucher que dans un monde de droitiers, une personne n'est handicapée que dans un monde de normaux. Un Noir ne fait partie de la minorité visible que dans un monde de Blancs, et en Afrique ce sont les Blancs qui constituent la minorité visible. Mais le chemin sera très long encore avant de concrétiser le slogan de l'Office des personnes handicapées du Québec : les personnes handicapées ne sont pas un handicap²⁸¹.

En somme, l'exclusion se traduit, entre autres, par une intolérance sociale à l'égard du différent, « une incapacité de supporter ce qui dévie de la norme sociale.²⁸²» Par toutes sortes d'attitudes subtiles, la population des normaux signifie à cette catégorie sociale - celle des différents - qu'elle n'est pas comme tout le monde, qu'elle doit rester à sa place, c'est-à-dire en marge du monde des normaux. Le regard et les gestes qu'elle pose à l'égard des personnes marginales participent à la mise en place et au maintien d'une situation de handicap.

Par ailleurs, le désavantage social ou le handicap, tel que le définit l'OMS (1988), s'applique à une grande variété de situations réduisant l'autonomie des individus qui ne répondent pas aux normes biologiques, fonctionnelles et sociales. Or, une déficience, qu'elle soit intellectuelle, psychique, motrice ou sensorielle n'entraîne pas toujours un handicap. Quelqu'un qui est à même de vivre avec sa déficience n'est pas handicapé. En ce sens, le handicap est construit socialement.

Le handicap n'exprime donc pas un statut de travailleur handicapé. Il renvoie à la dynamique sociale particulière que provoquent les obstacles à la réinsertion qu'une société institue et qui empêche les individus d'accomplir n'importe quel rôle.

²⁸¹DORVIL HENRI, MAYER ROBERT « Le handicap. Origines et actualité d'un concept » Un article publié dans l'ouvrage Problèmes sociaux. Tome I. Théories et méthodologies. Première partie, chapitre 8, pp. 191-215. Québec: Les Presses de l'Université du Québec, 2001, 592 pp. Collection : Problèmes sociaux et interventions sociales.

²⁸²C. Gentili et P. Coppo, « L'apport de quelques considérations ethnopsychiatriques à l'idée de normativité », *Perspectives psychiatriques*, n° 94, 1983, p. 353-356.

Fougeyrollas définit d'ailleurs le handicap comme une situation déterminée par « les obstacles sociaux, culturels, économiques, environnementaux liés aux mentalités, à l'organisation des services et aux législations.²⁸³» En d'autres termes, le handicap synthétise les mécanismes d'exclusion qui bloquent la réinsertion sociale des marginaux. Il résulte de l'écart entre les attentes d'une société à l'égard des rôles sociaux des personnes handicapées dans différents domaines de la vie et la perception de ce que ces personnes handicapées peuvent réellement accomplir. Le handicap s'enracine dans l'intolérance du public à l'égard des personnes marginales et dans la réaction de ces dernières à la situation d'iniquité qu'elles subissent. Le handicap des personnes marginalisées se reconnaît au degré relativement faible d'intégration sociale de ces personnes, c'est-à-dire, à leur faible participation sociale dans les différentes sphères de la vie. À ce propos, le monde du travail constitue un enjeu central. Actuellement, le travail, support par excellence de l'estime de soi et facteur important de maîtrise de l'environnement social, constitue le véhicule principal de l'inclusion dans la société de toute personne, handicapée ou non.

En outre, pour souligner davantage les composantes sociales de l'incapacité, une autre auteure, aux États-Unis, ajoute : « Americans with disabilities are the largest, poorest, least employed, and least educated minority in America.²⁸⁴»

C. La définition du handicap aux États-Unis

De tels énoncés des divers auteurs en vertu de l'Americans with Disabilities Act de 1990 (ADA) et une définition²⁸⁵ issue d'une loi précédente (la Rehabilitation Act de 1973) les États-Unis passent à une époque nouvelle des amendements de l'Acte de l'ADA (ADAAA)²⁸⁶, qui visent à inverser les interprétations restrictives de l'Americans with Disabilities Act de 1990 proposées par les tribunaux américains. En principe, en

²⁸³P. Fougeyrollas, « Orientations pour le futur de l'adaptation et de la réadaptation des personnes fonctionnellement limitées », dans M. Bolduc, *Analyse de la cohérence des politiques québécoises à l'égard des personnes ayant des incapacités*, 1986.

²⁸⁴J. West, « Introduction - implementing the act: Where we begin » in : F. West (dir.), *The Americans with disabilities: From Policy to Practice, The Milbank Quarterly*, vol. 69, suppléments 1/2, 1991.

²⁸⁵A. Une déficience physique ou mentale qui limite sensiblement l'une ou plusieurs des activités majeures de la vie de cette personne

B. Un registre d'une telle déficience; ou

C. Être considéré comme ayant une telle déficience

²⁸⁶En 2008, le Congrès a adopté la Loi sur les amendements de l'ADA du 1990.

vertu de l'ADAAA²⁸⁷, la catégorie de handicap s'est élargie pour inclure ceux qui n'étaient pas, selon la jurisprudence, en vertu de l'ADA, « assez handicapés. » Ainsi la nouvelle loi du 2008 intervient dans l'évolution de la doctrine sur la discrimination du handicap modulant la définition de celui-ci. D'une manière générale, le mouvement de l'ADAAA vers une plus large définition du « handicap » est compatible avec le modèle social et l'idée que le handicap provient de l'interaction entre la déficience et le cadre social, plutôt que d'un problème médical individuel. L'on pourrait dire que l'ADAAA reflète le modèle social étant donné qu'elle ne met plus l'accent sur les limites de la personne handicapée, sur ce qui s'est produit (la discrimination) mais sur ce qui devrait se produire (accommodation) en interaction avec le handicap. Cependant, essentiellement, l'ADAAA s'éloigne du modèle social. Elle crée deux types distincts de handicap associés à des protections et des voies de recours différentes. Elle distingue pour la première fois le « handicap réel » de « ce qui est considéré comme handicap » et elle réserve expressément le droit à un accommodement pour le « handicap réel. » Ce mouvement méprise le modèle social du handicap et a adhéré à une hiérarchie de la discrimination qui aborde le défaut d'accommodements comme une forme différente, de degré inférieur, de la discrimination directe.²⁸⁸

D. La définition du handicap par la Convention relative aux droits des personnes handicapées

²⁸⁷ ADA AMENDMENTS ACT OF 2008 SEC. 3. DEFINITION OF DISABILITY. “As used in this Act: “(1) DISABILITY. - The term ‘disability’ means, with respect to an individual “(A) a physical or mental impairment that substantially limits one or more major life activities of such individual; “(B) a record of such an impairment; or “(C) being regarded as having such an impairment (as described in paragraph (3)). “(2) MAJOR LIFE ACTIVITIES. - “(A) IN GENERAL. - For purposes of paragraph (1), major life activities include, but are not limited to, caring for oneself, performing manual tasks, seeing, hearing, eating, sleeping, walking, standing, lifting, bending, speaking, breathing, learning, reading, concentrating, thinking, communicating, and working. “(B) MAJOR BODILY FUNCTIONS. - For purposes of paragraph (1), a major life activity also includes the operation of a major bodily function, including but not limited to, functions of the immune system, normal cell growth, digestive, bowel, bladder, neurological, brain, respiratory, circulatory, endocrine, and reproductive functions. “(3) REGARDED AS HAVING SUCH AN IMPAIRMENT. - For purposes of paragraph (1) (C): “(A) An individual meets the requirement of ‘being regarded as having such an impairment’ if the individual establishes that he or she has been subjected to an action prohibited under this Act because of an actual or perceived physical or mental impairment whether or not the impairment limits or is perceived to limit a major life activity. “(B) Paragraph (1) (C) shall not apply to impairments that are transitory and minor. A transitory impairment is an impairment with an actual or expected duration of 6 months or less.”

²⁸⁸ EMENS ELIZABETH, «Disabling Attitudes : U.S. Disability Law and the ADA Amendments Act», p 205 The American Journal of Comparative Law», volume 60 number 1, winter 2012.

Le préambule de la Convention relative des droits des personnes handicapées (considérant e) stipule « *Reconnaissant que la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres* ».

Après, son article 1^{er}, al. 2, indique « *Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres* ».

Rompant avec une vision médicale centrée sur le degré d'« incapacité » physique ou mentale de la personne concernée, et reprenant ainsi à son compte l'approche socio-culturelle du handicap déjà mise en exergue dans le «Programme mondial d'action concernant les personnes handicapées²⁸⁹ » puis dans les « Règles pour l'égalisation des chances des handicapés ²⁹⁰», la Convention relative des droits des personnes handicapées met l'accent sur trois points :

- - Le handicap ne doit pas être considéré en soi mais dans une perspective « environnementale » : en effet, l'interaction homme/milieu peut conduire à des « barrières à l'intégration » des personnes en situation de handicap.
- - La notion de handicap est évolutive.
- - L'approche du handicap doit s'effectuer en termes de « droits de l'homme », sur la base notamment des idées de « dignité », d'« autonomie individuelle », de « participation et intégration pleines et effectives à la société », d'« égalité avec les autres » et d'« égalisation des chances ».

La personne en situation de handicap jouissant des mêmes libertés et droits fondamentaux que les autres (droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels) la société doit, dans cette conception, mettre en œuvre tous moyens appropriés pour donner un contenu concret à une telle exigence d'égalité. Elle peut y parvenir :

- en combattant les discriminations, directes ou indirectes dont ces personnes sont

²⁸⁹ L'un des principaux textes issus de l'Année internationale des personnes handicapées a été le Programme d'action mondial concernant les handicapés, adopté par l'Assemblée générale le 3 décembre 1982, par sa résolution 37/521.

²⁹⁰ Adoptés en 1993 par l'Assemblée générale des Nations Unies à sa quarante-huitième session.

l'objet,

- en visant à assurer à celles-ci l'«accessibilité» - notamment technologique et informationnelle - des lieux publics ou privés, des services de santé, des emplois, des transports, de l'éducation, des loisirs et des sports, de la justice,
- en exigeant qu'il soit procédé à des « aménagements raisonnables » dans certaines situations, comme les lieux et postes de travail, l'éducation, l'accès à la justice, etc.

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention des Nations Unies a permis un enrichissement du droit communautaire du « handicap », même issu de la jurisprudence de la CJUE, celui-ci étant appelé à évoluer en fonction de l'apport de la Convention relative aux droits des personnes handicapées des Nations Unies²⁹¹.

E. L'absence de la définition du handicap au sein de l'Union européenne

La directive 2000/78²⁹² sur l'égalité de traitement en matière d'emploi adoptée par la Communauté européenne sur la base de l'article 13 du traité CE, constitue à l'heure actuelle l'instrument juridique le plus important de la politique communautaire relative au handicap, mais ne propose pas de définition du handicap ni d'indications précisant quelles personnes doivent être protégées contre une éventuelle discrimination fondée sur le handicap. Cependant, le champ personnel couvert par la directive a fait l'objet de plusieurs arrêts de la CJUE.

Vu que l'Union européenne est elle-même partie à la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées le travail de définition progressivement opéré par la Cour de justice de l'Union européenne s'imprégnera des acquis du droit conventionnel.

F. La définition du handicap par la Cour de justice de l'Union européenne.

Selon l'article 1^{er} de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, celles-ci sont des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales,

²⁹¹ BLATMAN MICHEL, étude « L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseur des droits République Française.

²⁹² Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16.

intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité.

Comme précité, l'Union européenne est elle-même partie à la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, de sorte que la Cour de justice de l'Union européenne devrait, selon toute probabilité, se conformer aux orientations définies par cette convention ainsi qu'aux approches définies par le Comité des droits des personnes handicapées, chargé du suivi et de l'interprétation de la Convention.²⁹³

*a. L'affaire Chacon Navas*²⁹⁴

Dans la première affaire liée aux dispositions relatives au handicap de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, la Cour a été sollicitée pour déterminer qui devait être considéré comme handicapé au sens de la directive. La personne concernée, Mme Chacon Navas, malade, n'avait pu travailler pendant un certain temps pour son employeur espagnol, la société Eurest Colectividades SA. Licenciée au terme de cette période d'absence, elle avait contesté cette décision au motif de son incompatibilité avec la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi.

Le tribunal national saisi de l'affaire avait décidé de suspendre la procédure afin de poser deux questions préjudicielles à la CJCE. En résumé, il s'agissait de savoir si la disposition de la directive prohibant la discrimination fondée sur le handicap était également applicable au travailleur licencié pour cause de maladie. Si tel n'était pas le cas, le tribunal espagnol posait la question de savoir si la maladie pouvait être ajoutée à la liste des motifs couverts par la directive. Dans sa réponse, la CJCE développe une définition du handicap aux fins de la directive et affirme qu'il n'est pas possible d'ajouter la maladie à la liste des motifs de discrimination relevant déjà de son champ d'application.

En ce qui concerne la définition du handicap, la Cour note que la directive a été conçue pour lutter contre la discrimination en matière d'emploi et, dans ce contexte, elle définit le handicap comme « une limitation, résultant notamment d'atteintes

²⁹³ Doc. NU A/RES/61/611 du 13 Décembre 2006

²⁹⁴ Affaire C-13/05, Chacon Navas/Eurest Colectividades SA, Recueil 2006, p. I-6467. Pour des commentaires complémentaires relatifs à cette affaire, voir: L. Waddington, Case C-13/05, Chacon Navas/Eurest Colectividades SA, Judgement of the Grand Chamber of 11 July 2006, Common Market Law Review, vol. 44, 2007, p. 487-499.

physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle » (point 43). Pour être considéré comme un « handicap », toute entrave doit être « de longue durée » (point 45). La Cour estime par ailleurs qu'il convient d'établir une distinction, au regard de la directive, entre « handicap » et « maladie » (point 44) et que le texte « ne comporte aucune indication laissant entendre que les travailleurs sont protégés au titre de l'interdiction de discrimination fondée sur le handicap dès qu'une maladie quelconque se manifeste » (point 46). La Cour qualifie en outre sa définition du handicap d'« autonome et uniforme » (points 40 et 42). Elle affirme également que la maladie ne peut être ajoutée à la liste des motifs de discrimination établie, dans la mesure où elle n'est pas explicitement mentionnée dans la directive ni dans le traité CE (points 55-57). Un certain nombre de ces points méritent d'être examinés plus en détail. Tout d'abord, il est clair que cette définition du handicap donnée par la CJCE dans le cadre de l'affaire *Chacon Navas* repose sur un modèle médical ou individuel. Selon cette définition, le désavantage (ou la « limitation ») s'explique par l'« entrave » qu'une personne subit, et c'est cette « entrave » qui fait obstacle à sa participation au monde du travail. Le problème est donc lié à la personne et non à la réaction de la société face au handicap de celle-ci, ni à l'organisation de la société. L'on pourrait opposer le modèle médical du handicap à son modèle social. Celui-ci se fonde sur une perspective sociopolitique selon laquelle le handicap est essentiellement dû à une incapacité de l'environnement social à s'adapter aux besoins et aux aspirations des personnes souffrant de déficiences, plutôt qu'à l'incapacité de ces personnes à s'adapter à leur environnement. Selon cet argument, la discrimination, qu'elle se manifeste dans l'environnement matériel ou dans les attitudes, les préjugés, la stigmatisation, la ségrégation et l'histoire du handicap, d'une manière générale, constituent l'essentiel du problème. Les principales institutions européennes, notamment le Parlement, le Conseil²⁹⁵ et la Commission²⁹⁶, ont toutes reconnu la nécessité de fonder la politique sur le modèle social du handicap et s'y sont engagées. La directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi est en quelque sorte une expression de cette approche. Il y a dès lors lieu de se demander

²⁹⁵ Par exemple, la résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil du 20 décembre 1996 concernant l'égalité des chances pour les personnes handicapées, JO C 12 du 13.1.1997, p. 1.

²⁹⁶ Par exemple, la communication de la Commission sur l'Égalité des chances pour les personnes handicapées du 30 juillet 1996, COM(96) 406 final, et, plus récemment, celle intitulée « Égalité des chances pour les personnes handicapées : un plan d'action européen », COM(2003) 650 final, p. 4.

comment une définition du handicap exclusivement fondée sur ce modèle médical, et déterminante pour l'application de l'un des instruments communautaires les plus importants pour ce qui est des personnes handicapées, trouve sa place dans ce schéma d'ensemble. L'on aurait pu s'attendre tout au moins à ce que la Cour, dans son arrêt, se réfère à la position des autres institutions européennes et reconnaisse l'existence, sinon l'importance, du modèle social du handicap²⁹⁷.

b. La lutte contre la discrimination par association - l'affaire Coleman²⁹⁸

Dans la deuxième affaire, qui portait également sur la définition du groupe concerné par la directive, la Cour a été consultée sur la question de savoir si le texte interdisait la discrimination à l'encontre d'une personne au motif de sa relation avec une autre, souffrant d'un handicap. L'affaire concernait Mme Sharon Coleman, secrétaire juridique et mère d'un enfant handicapé, résidant au Royaume-Uni. Mme Coleman affirmait avoir été moins bien traitée, au retour de son congé de maternité, que ses collègues occupant des postes comparables, parce qu'elle se trouvait être le soutien principal d'un enfant handicapé. L'intéressée formulait un certain nombre d'allégations évoquant le traitement défavorable dont elle s'estimait l'objet, affirmant notamment qu'elle n'avait pas été autorisée à reprendre son poste d'origine à l'issue de son congé, contrairement aux parents d'enfants non handicapés, que la flexibilité d'horaires accordée à ces derniers lui avait été refusée, qu'elle avait été qualifiée de « paresseuse » après avoir demandé la permission de s'absenter pour s'occuper de son enfant, attitude que n'avait pas sa hiérarchie à l'égard des autres parents, et que des commentaires tout à fait injurieux avaient été échangés à son égard et à propos de son enfant.

Ayant finalement accepté une indemnité de départ volontaire, Mme Coleman avait ensuite engagé des poursuites devant le tribunal du travail pour discrimination

²⁹⁷Il convient toutefois de se reporter également aux arguments formulés par D. Hosking avant l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Chacon Navas*, à savoir que l'interprétation des dispositions de la directive donnée par la Cour serait vraisemblablement « alimentée par le paradigme d'égalité formelle qu'elle applique à d'autres aspects de la législation communautaire » et que n'importe quelle « norme législative communautaire » était probablement appelée « à traduire une conception minimaliste du handicap et à mettre l'accent sur les circonstances handicapantes découlant du problème médical. » D. Hosking, « Great Expectations: Protection from Discrimination because of Disability in Community Law », *European Law Review*, vol. 31, 2006, p. 667, 687 et 682

²⁹⁸Affaire C-303/06, *S. Coleman/Attridge Law et Steve Law*, Recueil 2008, p. I-5603.

motivée par sa situation de soutien principal d'un enfant handicapé. La Cour a d'abord rappelé l'objectif de la directive, qui est à son sens de « lutter contre toutes les formes de discrimination fondées sur le handicap » dans le contexte du travail et de l'emploi (point 38). Suivant en cela son avocat général, elle note que « le principe de l'égalité de traitement [...] s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminée, mais par référence aux motifs visés à l'article 1^{er} » (point 38). La Cour conclut sur cette base que, lorsqu'un employé fait l'objet d'une discrimination directe au motif d'un handicap, interpréter la directive d'une manière qui limite son application aux personnes qui sont elles-mêmes handicapées est « susceptible de priver cette directive d'une partie importante de son effet utile et de réduire la protection qu'elle est censée garantir » (point 51).

Se penchant ensuite sur la question du harcèlement indirect, la Cour, sur la base du même raisonnement, a conclu son arrêt en déclarant que la protection contre la discrimination et le harcèlement indirects, prévue par la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, ne se limitait pas aux personnes elles-mêmes handicapées, mais s'appliquait également dans les cas où un employeur se rendait coupable de discrimination ou de harcèlement directs à l'égard de l'un de ses employés, lorsque ces comportements sont liés au handicap d'un enfant dont l'employé est le principal responsable. Depuis cet arrêt, les États membres ont l'obligation de veiller à ce que leur législation anti-discrimination protège les personnes victimes d'actes de discrimination ou de harcèlement directs, motivés par leurs liens avec une personne handicapée, par exemple un membre de leur famille. Dans de nombreux cas, la loi nationale a copié la formulation et la structure de la directive, avec une référence à la discrimination fondée sur le handicap, elle se prêtera donc aisément à cette interprétation, que la CJCE considère désormais comme étant de rigueur.

*c. L'affaire HK Danmark contre Dansk almennyttigt Boligselskab (n° C-335/1) et HK Danmark contre Dansk Arbejdsgiverforening (n° C-337/11)*²⁹⁹

La CJUE, dans son arrêt HK Danmark du 11 avril 2013, C-335/11 et C-337/11, rappelle que l'Union a approuvé la convention de l'ONU par sa décision 2010/48, et

²⁹⁹ Demandes de décision préjudicielle formée par le Søg og Handelsret (Danemark) le 11 avril 2013,

que cette convention fait donc « *partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celle-ci, de l'ordre juridique de l'Union* ». Dès lors que la directive 2000/78 concerne l'autonomie et l'inclusion sociale, le travail et l'emploi, elle figure parmi les actes de l'Union ayant trait aux questions régies par la Convention Internationale relative aux droits des personnes handicapées. Elle doit par conséquent « *faire l'objet, dans la mesure du possible, d'une interprétation conforme à ladite convention* » (point 32)³⁰⁰.

En l'espèce, HK Danmark, un syndicat de travailleurs danois, a introduit deux actions en réparation au nom de Mmes Ring et Skouboe Werge, en raison de leur licenciement avec un préavis réduit. HK Danmark affirme que ces deux employées étant atteintes d'un handicap, leur employeur respectif était tenu de leur proposer une réduction de leur temps de travail. Le syndicat affirme également que la disposition nationale concernant le préavis réduit ne peut s'appliquer à ces deux travailleuses car leurs absences pour cause de maladie résultent de leur handicap.

Le Søg og Handelsretten (Cour maritime et commerciale, Danemark), saisi de ces deux affaires, demande à la Cour de justice de préciser la notion de handicap. Il s'agit également de savoir si la réduction du temps de travail peut être considérée comme une mesure d'aménagement raisonnable et si la loi danoise concernant le préavis réduit de licenciement est contraire au droit de l'Union.

En l'occurrence la Cour de Justice a souligné dans son arrêt que « (...) la notion de « handicap » doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs³⁰¹. En outre, il ressort de l'article 1^{er}, second alinéa, de la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées de l'ONU que les incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles doivent être « durables ».

³⁰⁰ BLATMAN MICHEL, étude « L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseur des droits République Française.

³⁰¹ Point 38

Il convient d'ajouter encore que, ainsi que l'a relevé M^{me} l'Avocate générale au point 32 de ses conclusions, il n'apparaît pas que la directive 2000/78 vise à couvrir seulement les handicaps de naissance ou d'origine accidentelle en excluant ceux causés par une maladie. En effet, cela irait à l'encontre de l'objectif même de cette directive qui est de mettre en œuvre l'égalité de traitement, d'admettre que celle-ci puisse s'appliquer en fonction de l'origine du handicap.³⁰²

Dès lors, il y a lieu de constater que, si une maladie curable ou incurable entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs et si cette limitation est de longue durée, une telle maladie peut relever de la notion de « handicap » au sens de la directive 2000/78³⁰³. En revanche, une maladie n'entraînant pas une telle limitation ne relève pas de la notion de « handicap » au sens de la directive 2000/78. En effet, la maladie en tant que telle ne peut être considérée comme un motif venant s'ajouter à ceux au titre desquels la directive 2000/78 interdit toute discrimination (voir arrêt Chacón Navas, précité, point 57)³⁰⁴. La circonstance que la personne concernée ne puisse accomplir son travail que de façon limitée ne constitue pas un obstacle à ce que l'état de santé de cette personne relève de la notion de « handicap. » Contrairement à ce que font valoir DAB et Pro Display, un handicap n'implique pas nécessairement l'exclusion totale du travail ou de la vie professionnelle.³⁰⁵

À cet égard, il y a lieu de considérer que la notion de « handicap », telle qu'elle résulte du point 38 du présent arrêt, doit être entendue comme visant une gêne à l'exercice d'une activité professionnelle et non, ainsi que le font valoir DAB et Pro Display, comme une impossibilité d'exercer une telle activité. L'état de santé d'une personne handicapée apte à travailler, serait-ce à temps partiel, est donc susceptible de relever de la notion de « handicap. » Une interprétation telle que celle proposée par DAB et Pro Display serait d'ailleurs incompatible avec l'objectif de la directive

³⁰²Point 40

³⁰³Point 41

³⁰⁴Point 42

³⁰⁵Point 43

2000/78 qui vise notamment à ce qu'une personne handicapée puisse accéder à un emploi ou l'exercer.³⁰⁶

En outre, le constat de l'existence d'un handicap ne dépend pas de la nature des mesures d'aménagement, telles que l'utilisation d'équipements spéciaux. Il y a lieu à cet égard de constater que la définition de la notion de « handicap » au sens de l'article 1^{er} de la directive 2000/78 précède la détermination et l'appréciation des mesures d'aménagement appropriées envisagées à l'article 5 de celle-ci.³⁰⁷

Conformément au considérant 16 de la directive 2000/78, de telles mesures visent à tenir compte des besoins des personnes handicapées. Elles sont donc la conséquence et non l'élément constitutif de la notion de handicap. De même, les mesures ou les aménagements envisagés au considérant 20 de cette directive permettent de respecter l'obligation qui découle de l'article 5 de ladite directive, mais ne sont applicables qu'à la condition d'être en présence d'un handicap³⁰⁸.

Il découle des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre aux première et deuxième questions que la notion de « handicap » visée par la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, et que cette limitation est de longue durée. La nature des mesures que doit prendre l'employeur n'est pas déterminante pour considérer que l'état de santé d'une personne relève de cette notion³⁰⁹ ».

Par conséquent, dans cette affaire, la Cour a saisi-là l'occasion de donner une définition substantielle de la notion de « handicap » tenant compte de la Convention internationale à laquelle avait déjà adhéré l'Union européenne.

³⁰⁶Point 44

³⁰⁷Point 45

³⁰⁸Point 46

³⁰⁹Point 47

d. L'état d'obésité d'un travailleur peut constituer un «handicap.» Affaire C-354/13, Fagot Arbejde (FOA), agissant pour Karsten Kaltoft, contre Kommunernes Landsforening (KL), agissant pour la Billund Kommune.

L'obésité est un problème en expansion dans la société moderne. Dans l'affaire C-354/13 Fagot Arbejde (FOA), agissant pour Karsten Kaltoft, contre Kommunernes Landsforening (KL), agissant pour la Billund Kommune³¹⁰, le retten i Kolding (tribunal de Kolding au Danemark) a demandé à la Cour de déterminer, pour la première fois, quelles sont les dispositions du droit communautaire qui, le cas échéant, s'appliquent à la discrimination fondée sur l'obésité.

Dans cette affaire, M. Kaltoft, plaignant dans la procédure principale, soutient que la municipalité de Billund a mis fin au contrat de travail d'assistant maternel qui le liait à cette dernière en raison de son obésité, et que ceci équivaut à une discrimination fondée sur un handicap. M. Kaltoft déclare ensuite qu'à aucun moment durant la période où il était employé par la municipalité de Billund il n'a pesé moins de 160 kg. Il mesure 1 mètre 72. Les parties s'accordent sur le fait que, durant les quinze années où il a été employé en qualité d'assistant maternel auprès de la municipalité de Billund, il était obèse au sens de la définition de l'Organisation Mondiale de la Santé.

La position de M. Kaltoft repose sur deux arguments principaux. En premier lieu, il est avancé que l'obésité relève de l'interdiction générale du droit de l'Union qui couvre toutes les formes de discrimination sur le marché du travail, et que cette règle a été violée par la municipalité de Billund par le licenciement de M. Kaltoft. En second lieu, M. Kaltoft soutient que l'obésité est une forme de « handicap », de sorte que la discrimination fondée sur l'obésité est interdite par les articles 1^{er} et 2 de la directive 2000/78 CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

La Cour a souligné que « à la suite de la ratification par l'Union de la convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, qui a été approuvée au nom de la Communauté européenne par la décision 2010/48/CE du Conseil, du 26 novembre 2009 (JO 2010, L 23, p. 35), la Cour a considéré que la notion de « handicap

³¹⁰ Dans l'affaire C-354/13 ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le retten i Kolding (Danemark), par décision du 25 juin 2013, parvenue à la Cour le 27 juin 2013.

», au sens de la directive 2000/78, doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d’atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l’interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l’égalité avec les autres travailleurs (voir arrêts HK Danmark, EU:C:2013:222, points 37 à 39; Z., C-363/12, EU:C:2014:159, point 76, et Glatzel, C-356/12, EU:C:2014:350, point 45).

Cette notion de « handicap » doit être entendue comme visant non pas uniquement une impossibilité d’exercer une activité professionnelle, mais également une gêne à l’exercice d’une telle activité. Une autre interprétation serait incompatible avec l’objectif de cette directive qui vise notamment à ce qu’une personne handicapée puisse accéder à un emploi ou l’exercer (voir arrêt Z., EU:C:2014:159, point 77 et jurisprudence citée).

En outre, il irait à l’encontre de l’objectif même de ladite directive, qui est de mettre en œuvre l’égalité de traitement, d’admettre que celle-ci puisse s’appliquer en fonction de l’origine du handicap (voir arrêt HK Danmark, EU:C:2013:222, point 40).

En effet, la notion de « handicap », au sens de la directive 2000/78, ne dépend pas de la question de savoir dans quelle mesure la personne a pu contribuer ou non à la survenance de son handicap.

Par ailleurs, la définition de la notion de « handicap » au sens de l’article 1^{er} de la directive 2000/78 précède la détermination et l’appréciation des mesures d’aménagement appropriées envisagées à l’article 5 de celle-ci. En effet, conformément au considérant 16 de cette directive, de telles mesures visent à tenir compte des besoins des personnes handicapées et elles sont donc la conséquence et non l’élément constitutif de la notion de « handicap » (voir, en ce sens, arrêt HK Danmark, EU:C:2013:222, points 45 et 46). Dès lors, la seule circonstance que de telles mesures d’aménagement n’auraient pas été prises à l’égard de M. Kaltoft ne suffit pas à considérer qu’il ne pourrait pas être une personne handicapée au sens de ladite directive.

Il y a lieu de constater que l’état d’obésité ne constitue pas, en tant que tel, un « handicap », au sens de la directive 2000/78, pour le motif que, par sa nature, il n’a

pas pour conséquence nécessaire l'existence d'une limitation telle que celle visée au point 53 du présent arrêt.

En revanche, dans l'hypothèse où, dans des circonstances données, l'état d'obésité du travailleur concerné entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de cette personne à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs et si cette limitation est de longue durée, un tel état relève de la notion de « handicap » au sens de la directive 2000/78 (voir, en ce sens, arrêt HK Danmark, EU:C:2013:222, point 41).

Tel serait le cas, notamment, si l'obésité du travailleur fait obstacle à sa pleine et effective participation à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs du fait d'une mobilité réduite ou de la survenance, chez cette personne, de pathologies qui l'empêchent d'accomplir son travail ou qui entraînent une gêne dans l'exercice de son activité professionnelle. »

Ainsi, par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit:

« 1) Le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il ne consacre pas de principe général de non-discrimination en raison de l'obésité, en tant que telle, en ce qui concerne l'emploi et le travail.

2) La directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprétée en ce sens que l'état d'obésité d'un travailleur constitue un « handicap », au sens de cette directive, lorsque cet état entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs. Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, dans l'affaire au principal, ces conditions sont remplies. »

F. La définition du handicap par la Cour européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe.

Lorsqu'elle sera devenue partie à la Convention internationale relative aux personnes handicapées, l'Union européenne, de même que ses institutions et les États membres dans le cadre de l'interprétation et de l'application du droit de l'Union européenne, sera tenue de suivre cette approche globale et inclusive pour l'interprétation de la notion de « handicap. »

Ensuite, bien que le handicap ne figure pas expressément dans la liste des caractéristiques protégées par la CEDH, la Cour EDH l'a inclus dans son interprétation des « autres situations » visées à l'article 14 de la Convention.

Par exemple dans l'affaire *Glor c. Suisse*³¹¹, la Cour EDH a jugé que le requérant, qui était diabétique, pouvait être considéré comme une personne souffrant d'un handicap physique, même si le diabète était qualifiée de handicap « mineur » par le droit national. Le requérant avait reçu ordre de payer une taxe d'exemption du service militaire, due par toutes les personnes jugées aptes au service. Seules les personnes ayant un taux d'invalidité égal ou supérieur à 40 % (considéré comme équivalent à la perte de l'usage d'un membre) ou les objecteurs de conscience pouvaient bénéficier d'une exonération, ces derniers étant toutefois tenus d'accomplir un « service civil. » Bien que le requérant eut été déclaré inapte à servir dans l'armée en raison de son handicap, celui-ci n'atteignait pas le seuil d'invalidité requis par le droit national pour l'exonération de la taxe.

Le requérant avait proposé de faire un « service civil » de remplacement, mais sa demande avait été refusé. La Cour EDH a considéré que le traitement appliquée par l'État au requérant était comparable à celui réservé aux personnes qui refusaient sans justification valable d'accomplir leur service militaire. Or le requérant se trouvait dans une situation différente puis qu'il avait été déclaré inapte au service militaire, mais qu'il était désireux et capable d'effectuer un service civil. La Cour EDH a conclu que la position des autorités était constitutive d'une discrimination et que, en pareilles circonstances, l'État aurait dû prévoir une exception aux règles en vigueur.

³¹¹ *Glor c. Suisse*, n° 13444/04, Cour EDH, 30 avril 2009

Comme c'est le cas également pour d'autres motifs de discrimination prohibées par la CEDH, il n'est pas rare que la Cour EDH examine des affaires dans lesquelles un handicap est en cause sous l'angle uniquement d'un droit matériel plutôt qu'à la fois sous l'angle d'un droit matériel et du droit à la non-discrimination consacrée par l'article 14.

Dans l'affaire *Price c. Royaume-Uni*³¹², la requérante avait été condamnée à sept jours d'emprisonnement. Elle souffrait de handicaps physiques dus à l'ingestion de thalidomide par sa mère durant la grossesse et se caractérisant par une malformation des membres et par des problèmes rénaux. Elle devait donc se déplacer en fauteuil roulant, avait besoin d'aide pour aller aux toilettes et se laver, ainsi que d'un aménagement spécial pour dormir. Au cours de sa première nuit de détention, elle fut placée dans une cellule non adaptée à des personnes souffrant d'un handicap physique, où elle ne put dormir correctement ; de plus, elle éprouva de vives douleurs et souffrit d'hypothermie. Transférée dans une prison, elle fut détenue au centre médical de l'établissement, où elle rencontra des problèmes similaires malgré les quelques aménagements qui avaient pu y être apportés.

En outre, elle n'avait pas été autorisée à recharger la batterie de son fauteuil roulant, qui se déchargea ainsi complètement. La Cour EDH a considéré que la requérante avait été soumise à un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la Convention. Aucune discrimination se rattachant à l'un des droits matériels garantis par la Convention en vertu de l'article 14 ne fut invoquée dans cette affaire.

Dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*³¹³, la requérante souffrait d'une maladie dégénérative et désirait obtenir l'assurance, de la part du gouvernement, qu'au cas où son état de santé ne lui permettrait plus de mettre fin elle-même à sa vie, la personne qui l'aiderait à se suicider ne serait pas poursuivie. En vertu du droit national, le suicide assisté constituait, en soi, une infraction pénale et était assimilé à un meurtre ou à un homicide.

³¹² *Price c. Royaume-Uni*, n° 33394/96, Cour EDH, 10 juillet 2001

³¹³ *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, Cour EDH, 29 avril 2002

La requérante soutenait notamment que, en adoptant une mesure uniforme d'interdiction du suicide assisté, qui avait des effets négatifs disproportionnés sur les personnes devenues invalides et se trouvant dans l'incapacité de mettre fin elles-mêmes à leur vie, l'État avait violé de manière discriminatoire son droit de prendre des décisions concernant son propre corps, droit protégé au titre du droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention. La Cour EDH a considéré que le refus d'établir une distinction entre « les personnes qui sont physiquement capables de se suicider et celles qui ne le sont pas » était justifié, l'introduction d'exceptions dans la loi risquant, en pratique, de conduire à des abus et d'ébranler la protection du droit à la vie.

G. La question de la définition dans les législations des États membres

Il convient à présent de se pencher sur la manière dont les États membres ont choisi d'aborder et de définir le handicap dans leurs lois de transposition. Différents modèles sont identifiables, dont certains, semble-t-il, ne sont pas pleinement compatibles avec la directive.

a. L'absence de définition du handicap dans les lois antidiscriminatoires nationales.

Suivant l'exemple de l'Union européenne, certains États membres n'ont intégré aucune définition du handicap dans leurs lois de transposition. Tel est, par exemple, le cas de la **Belgique**³¹⁴, de la **Bulgarie**³¹⁵, de la **Grèce**³¹⁶, de l'**Italie**³¹⁷, de la **Pologne**³¹⁸, de la **Roumanie**³¹⁹ et de la **Slovaquie**³²⁰. D'un côté, cet état de fait devrait permettre aux tribunaux nationaux des pays concernés d'adopter la définition du handicap élaborée par la CJCE dans l'affaire *Chacon Navas*. Comme précité³²¹, dans l'affaire

³¹⁴Loi du 10 mai 2007 visant à combattre certaines formes de discrimination.

³¹⁵Loi de 2004 sur la protection contre la discrimination.

³¹⁶Loi 3304/2005 sur l'application du principe de l'égalité de traitement sans distinction d'origine ethnique ou raciale, de convictions religieuses ou autres, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle.

³¹⁷Decreto legislativo 9 July 2003 n. 216 Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

³¹⁸Code du travail.

³¹⁹Ordonnance gouvernementale 137/2000 concernant la prévention et la sanction de toutes les formes de discrimination, telle que modifiée.

³²⁰Loi de 2004 sur l'égalité du traitement dans certains domaines et sur la protection contre les discriminations.

³²¹Page 101

Chacon Navas³²² la CJCE développe une définition du handicap aux fins de la directive et affirme qu'il n'est pas possible d'ajouter la maladie à la liste des motifs de discrimination relevant déjà de son champ d'application. En ce qui concerne la définition du handicap, la Cour note que la directive a été conçue pour lutter contre la discrimination en matière d'emploi et, dans ce contexte, elle définit le handicap comme « une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle » (point 43). Pour être considéré comme un « handicap », toute entrave doit être « de longue durée » (point 45).

Mais cette situation comporte aussi le risque que les tribunaux, au moment d'interpréter le concept de « handicap » dans le contexte de la lutte contre la discrimination, recourent à des définitions puisées dans d'autres législations, relatives notamment au domaine de la protection sociale et qui posent les conditions d'éligibilité pour une pension d'invalidité. Une telle approche serait totalement inopportune, dans la mesure où la législation anti-discrimination et les lois de protection sociale servent des objectifs très différents. Dans le premier cas, il importe que la définition soit large, afin d'assurer une plus grande protection contre la discrimination et les préjugés, tandis que, dans le deuxième, il est nécessaire d'établir une définition limitée du handicap, dans la mesure où celle-ci ouvre droit à une aide financière et à d'autres avantages dont il revient à l'État d'assumer le coût. La protection contre la discrimination n'implique pas, de la part de l'État, des engagements financiers du même ordre. C'est la raison pour laquelle, si les tribunaux devaient interpréter la protection contre la discrimination fondée sur le handicap comme s'appliquant exclusivement aux personnes qui ont été officiellement reconnues comme handicapées par les services de protection sociale, le groupe de population ciblé par les législations nationales s'en trouverait réduit à l'excès, ce qui reviendrait, à notre avis, à une violation de la directive. Cependant, la jurisprudence nationale est à l'heure actuelle insuffisante pour permettre de savoir si cette situation pose d'ores et déjà problème.

³²² Affaire C-13/05, Chacon Navas/Eurest Colectividades SA, Recueil 2006, p. I-6467. Pour des commentaires complémentaires relatifs à cette affaire, voir: L. Waddington, Case C-13/05, Chacon Navas/Eurest Colectividades SA, Judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006, Common Market Law Review, vol. 44, 2007, p. 487-499.

b. Une définition du handicap élaborée par les législations nationales antidiscriminatoires au sein de l'Europe

Un certain nombre d'États membres ont choisi d'intégrer une définition du handicap à leur législation anti-discrimination. En général, ces définitions se composent de trois éléments: 1) la constatation de l'existence d'une déficience, définie comme une réduction ou une limitation de capacités liée à un état médical, 2) l'influence de cet état médical sur la possibilité d'intégration de la personne concernée au monde du travail ou au quotidien dans la société, 3) le caractère permanent dudit état, la constatation de sa durée significative dans le passé ou la probabilité de sa durabilité future. Ces trois composantes se retrouvent dans l'arrêt prononcé par la CJCE dans l'affaire *Chacon Navas* qui fait référence à des « atteintes physiques, mentales ou psychiques (...) entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle », et « il doit donc être probable qu'elle [l'entrave] soit de longue durée ».

L'approche qui vient d'être décrite est celle pour laquelle ont notamment opté l'*Autriche*, *Malte*, le *Portugal*, le *Royaume-Uni* et la *Suède* dans leurs législations de lutte contre la discrimination à l'égard des personnes handicapées. La loi autrichienne sur l'emploi des personnes handicapées, par exemple, définit le handicap comme suit : « Le handicap résulte d'une déficience fonctionnelle à caractère non temporaire, liée à un état physiologique, mental ou psychologique, ou découlant d'une altération des fonctions sensorielles, et qui constitue une entrave à la participation de l'intéressé au monde du travail. Un état médical de ce type est estimé non temporaire s'il est appelé, selon toute vraisemblance, à durer plus de six mois. » Il y a lieu de noter que cette définition, qui impose aux employeurs un devoir de non-discrimination envers les personnes handicapées, fait référence à l'incidence de la « déficience fonctionnelle » sur la participation au monde du travail.

D'autres lois nationales établissent un devoir de non-discrimination applicable à la fois à l'emploi et à d'autres domaines, tels que l'accès aux biens et services. En conséquence, l'incidence d'une réduction de capacités ou d'un diagnostic médical est en général évaluée par rapport à un spectre d'activités plus large que le seul monde du travail et de la vie professionnelle.

La *loi maltaise* de 2000 sur l'égalité des chances (personnes handicapées) définit le handicap comme une infirmité physique ou mentale qui restreint considérablement une ou plusieurs des activités d'importance majeure dans la vie d'une personne. La loi

portugaise 38/2004 du 18 août 2004³²³ évoque l'impact de la « perte ou l'irrégularité [...] de fonctions et structures corporelles » susceptibles « de limiter ou d'entraver l'activité et la participation [de la personne à la vie sociale] dans les mêmes conditions que d'autres personnes », alors que la loi suédoise contre la discrimination sur la base du handicap³²⁴ fait état d'une « limitation de la capacité fonctionnelle » résultant d'un accident ou d'une maladie. La loi britannique contre la discrimination des personnes handicapées (DDA) adopte également cette approche et définit une « personne handicapée » comme « une personne souffrant d'une infirmité physique ou mentale entraînant des effets indésirables sur sa capacité à mener des activités normales au jour le jour.³²⁵ »

Le législateur *irlandais*³²⁶, qui inclut également une définition du handicap dans la disposition relative à la non-discrimination, se distingue des exemples précédents en se limitant à la constatation d'un handicap existant, sans évoquer l'impact de l'infirmité sur la vie et les activités de la personne en question. La législation irlandaise énumère toute une série d'infirmités considérées comme des handicaps.

Toutes ces définitions ont en commun une perspective fortement médicalisée du handicap. Cette approche peut poser des problèmes. Ces définitions, et celle de l'arrêt *Chacon Navas*, sont toutes fondées sur l'état de santé ou l'infirmité de la personne et non sur l'acte discriminatoire (prétendu). En conséquence, les personnes doivent d'abord prouver qu'elles remplissent les critères de la définition, c'est-à-dire qu'elles peuvent être qualifiées de « handicapées », avant de pouvoir affirmer qu'elles ont été victimes d'actes discriminatoires. Si tel n'est pas le cas, elles n'auront pas droit à la protection que procure la loi. Cette situation s'est notamment produite au **Royaume-Uni**³²⁷, où les tribunaux ont estimé qu'un certain nombre de personnes ne remplissaient pas le premier critère et leur ont refusé la possibilité de se déclarer victimes d'actes discriminatoires. En outre, l'expérience prouve que le fait d'appliquer une telle

³²³ La loi 38/2004 du 18 août 2004 définissant la base juridique générale de la prévention des causes de handicap et la qualification, la réhabilitation et la participation des personnes handicapées.

³²⁴ Section 2 de la loi de 1999 interdisant la discrimination dans le monde du travail en raison d'un handicap (1999:132), telle que modifiée.

³²⁵ Loi DDA, section 1(1).

³²⁶ Section 2(1) de la loi de 1998-2004 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi.

³²⁷ N. Meagree. a., *Monitoring the Disability Discrimination Act 1995*, Department for Education and Employment, Londres 1999, p. 126; C. Woodhams et S. Corby, «Defining Disability in Theory and Practice: A Critique of the British Disability Discrimination Act 1995», *Journal of Social Policy*, vol. 32, 2003, p. 1.

définition introduit un élément imprévisible, à la limite de l'arbitraire lorsqu'il s'agit de décider si une personne en particulier peut être considérée comme « handicapée » ou non.³²⁸

Un deuxième problème est lié au fait que la personne doit « prouver » son handicap. Ce critère peut rendre nécessaire la présentation d'un volumineux dossier médical à titre de preuve, ce qui peut exiger beaucoup de temps et de ressources. En outre, la personne doit d'abord indiquer, preuves à l'appui, ce qu'elle n'a pas la capacité de faire (c'est-à-dire, signaler qu'elle est atteinte d'une infirmité entravant son activité professionnelle), avant de pouvoir se dire qualifiée pour un emploi ou une fonction spécifique et capable d'exercer les activités de base correspondantes et ainsi invoquer le principe de non-discrimination. Cette approche assez contradictoire rend d'autant plus difficile l'application de la loi. On pourrait estimer que la question clé est plutôt de savoir si un acte discriminatoire a eu lieu, et non si une personne est « suffisamment handicapée » pour pouvoir prétendre à la protection offerte par la directive.

Cependant, il convient également de faire remarquer que l'approche médicalisée de la définition du handicap n'est pas toujours problématique sur le plan pratique. En **Irlande**, par exemple, le fait d'établir l'existence du handicap et, en corollaire, la protection de la personne handicapée par la loi ne semblent pas poser de problème, et les tribunaux ont accepté des situations très diverses comme constitutives d'un handicap.³²⁹

c. Une définition du concept de handicap empruntée à la législation des prestations et de la sécurité sociale

Certains États membres ont opté pour une troisième approche, dans leur législation anti-discrimination. Il s'agit de l'approche qui consiste à « emprunter » ou à utiliser la définition du handicap donnée dans un autre cadre législatif, généralement celui qui fixe les prestations de sécurité sociale ou les pensions attribuées sur la base du handicap, pour déterminer qui doit être protégé contre la discrimination fondée sur le handicap. Cette approche implique essentiellement qu'on limite cette protection à ceux

³²⁸ A. Hendriks, «Different Definitions- Same Problems- One Way Out? », in M. L. Breslin et S. Yee (eds), *Disability Rights Law and Policy, International and National Perspectives*, Transnational Publishers, New York, 2002, p. 195-220.

³²⁹ Par exemple, les affaires *Fernandez/Cable& Wireless*, DEC E/2001/052, Equality Officer, 11 décembre 2002 (une infection rénale peut constituer un handicap), et *A Civil Servant/The Office of Civil Service and Local Appointments Commissioners*, DEC E/2004/029, Equality Officer, 1^{er} juin 2004 (l'asthme ou le syndrome de l'intestin irritable peut être considéré comme un handicap).

qui sont le plus gravement handicapés et qui ont obtenu la reconnaissance officielle de la sécurité sociale.

Les lois ainsi élaborées peuvent soit faire référence à la législation en matière de sécurité sociale, laquelle limite la protection contre les discriminations aux personnes officiellement reconnues handicapées par la réglementation correspondante, soit inclure la définition du handicap proposée par cette législation. L'exemple de la législation *tchèque* illustre la première solution : la loi sur l'emploi interdit toute discrimination indirecte fondée sur le handicap³³⁰, à condition que les personnes concernées aient un statut de handicapé officiellement reconnu, ouvrant droit à la protection³³¹. *La Slovaquie* a également adopté cette solution, en utilisant la définition du handicap figurant dans la loi sur les assurances en matière de pensions et de handicap³³² comme référence pour la législation anti-discrimination. D'une manière générale, il y a lieu de s'interroger sur la pertinence d'une approche consistant à utiliser une définition du handicap élaborée dans un cadre autre que celui de la législation en matière d'égalité et de lutte contre la discrimination. Comme on l'a indiqué précédemment, les définitions du handicap qui déterminent les droits aux prestations de sécurité sociale et à d'autres aides financières doivent nécessairement être très strictes et limitées, puisqu'elles donnent accès à des ressources restreintes. Il est probable que seules les personnes atteintes des handicaps les plus lourds auront droit à ces aides et que ce droit sera lié au fait qu'on les considère comme (totalement ou partiellement) incapables de travailler et de gagner leur vie sur le marché (non protégé) du travail.

En effet, ces personnes, qui n'ont pas accès au marché du travail ordinaire, sont les moins susceptibles d'avoir besoin de la protection contre la discrimination de la part d'employeurs (potentiels). Cette protection est plutôt requise par les personnes moins lourdement handicapées, voire sans handicap³³³. Il est par conséquent presque certain que les États membres qui utilisent une définition du handicap élaborée dans un contexte de sécurité sociale pour déterminer le droit à la protection contre les

³³⁰Loi n° 435/2004 Coll concernant l'emploi, section 2, paragraphe 1, sous-section b) ii.

³³¹Les personnes handicapées sont celles reconnues par les autorités de sécurité sociale comme étant totalement ou partiellement atteintes d'un handicap ou souffrant de graves désavantages sur le plan de la santé. Le handicap doit être reconnu par l'administration de la sécurité sociale ou faire l'objet d'une décision provenant de cette autorité (section 67, paragraphes 2 et 5, de la loi sur l'emploi).

³³²Article 60 de la loi sur les pensions et l'assurance invalidité.

³³³Par exemple, les personnes victimes d'actes de discrimination en raison du fait qu'un employeur estime, à tort, qu'elles sont ou seront atteintes d'un handicap.

discriminations enfreignent les dispositions de la directive et omettent de se conformer à l'arrêt rendu par la CJCE dans l'affaire *Chacon Navas*, réduisant sérieusement l'efficacité de leur législation contre les discriminations fondées sur le handicap.

d. Deux définitions du handicap, l'une générale et l'autre plus restreinte, relatives aux aménagements raisonnables, présentées dans les législations nationales antidiscriminatoires des États membres de l'Union européenne

Un certain nombre d'États membres ont dernièrement choisi d'inclure les dispositions de la directive relatives au handicap dans deux lois nationales (parfois plus). D'ordinaire, une première loi offre une protection contre la discrimination directe et indirecte, par exemple, et couvre les autres dispositions générales³³⁴ de la directive, alors qu'une deuxième loi traite de l'obligation de procéder à des aménagements raisonnables. Généralement, cette démarche est étroitement associée à une double définition du handicap : la loi anti-discrimination générale fournit une définition globale ou n'en donne pas, alors que la loi relative aux aménagements raisonnables a recours à une définition différente, plus restreinte, de la notion de « handicap », généralement tirée du domaine de la sécurité sociale. Cette méthode est appliquée dans les législations, *allemande, française*³³⁵, *hongroise et luxembourgeoise*.

En France, la loi n° 75-534 « d'orientation en faveur des personnes handicapées » prévoyait certes un certain nombre de dispositions et de mesures concernant ces personnes, notamment pour les enfants, adolescents, jeunes, adultes et travailleurs « handicapés ». Mais elle ne définissait pas ce qu'était le « handicap ». Tout au plus mentionnait-elle à divers endroits les notions d'« incapacité permanente » d'un certain pourcentage, ou d'« infirmité ». La définition française du handicap est donnée par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées », qui crée un article L. 114 du Code de l'action sociale et des familles ainsi rédigé : « *Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques,*

³³⁴ Les dispositions de la directive qui s'appliquent à la plupart ou à l'ensemble des quatre fondements couverts par la directive.

³³⁵ La législation française correspondante n'est pas considérée dans l'argumentation figurant ci-après. En revanche, seules les personnes officiellement reconnues comme handicapées ont droit aux aménagements, en vertu des articles 5212-13 et 5213-6 du code du travail.

sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ».

Un auteur, s'interrogeant sur le point de savoir si l'évolution du droit européen du handicap est susceptible d'avoir une influence en droit interne, estime que tel n'est sans doute pas le cas dès lors que l'article précité du CASF « *comporte, dans la définition qu'il donne du handicap, sa possible origine pathologique* »³³⁶. Cette prise en considération de la pathologie invalidante d'une personne comme constitutive d'un handicap lui apparaît justifiée, au motif que « *le handicap ne doit pas être considéré comme une situation fixe, ce qui est le cas lorsqu'il résulte d'un accident, mais comme une situation susceptible d'évoluer en fonction du développement d'une maladie invalidante* ». Un autre auteur ajoute que « *la prise en considération par le droit français de la notion « d'obstacles sociaux » en 2005 place la France à l'avant-garde des évolutions nécessaires à la catégorisation du handicap* »³³⁷. Cependant, l'analyse à laquelle il vient d'être procédé à propos de la notion de « handicap », comme celle qui sera effectuée dans les deux prochaines parties, fait apparaître que l'enrichissement apporté au droit communautaire et au droit interne français par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, déjà prégnant en droit du travail et de l'emploi, ne manquera pas de s'étendre aussi à d'autres secteurs comme, notamment, l'éducation ou le logement. Cette extension, qui ne se limitera sans doute pas aux seuls domaines couverts par le droit de l'Union européenne, se fera en partie grâce à ces véhicules conceptuels - clés que sont l'« aménagement raisonnable », l'« accessibilité », l'« autonomie », la « conception universelle » et le principe d'« égalité avec les autres ».

Ainsi, l'on peut d'ores et déjà penser que les stipulations de droit civil concernant la protection juridique des majeurs seront affectées par l'interprétation que le Comité des personnes handicapées donne de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, à propos d'un système non « substitutif » mais basé sur la prise en compte optimale de la volonté et des préférences des personnes en situation de handicap³³⁸.

³³⁶ DAGORNE-LABBE YANNICK, *Évolution européenne de la notion de handicap*, CJUE, 11 avril 2013, Petites affiches, 25 juin 2013, p.5

³³⁷ BOUTAYEB CHAHIRA, *Le handicap au travail selon le juge de l'Union européenne à la lumière de l'arrêt Ring et Werge*, Revue de droit du travail 2013, p. 657

³³⁸ BLATMAN MICHEL, étude « L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseur des droits République française.

Ensuite, la loi générale *allemande* de 2006 sur l'égalité de traitement (AGG) ne contient aucune définition de la notion de « handicap » ni des autres caractéristiques ouvrant droit à la protection. Cependant, un rapport explicatif qui peut aider à l'interprétation de la loi indique que le handicap doit s'entendre à la lumière des dispositions du code social IX³³⁹ et de la loi sur la promotion de l'égalité des personnes handicapées³⁴⁰. Dès lors, une personne est considérée comme handicapée s'il est très probable que ses fonctions physiques, mentales ou psychiques diffèrent, pendant plus de six mois, de l'état normal qui caractérise une personne du même âge et si sa participation à la vie sociale s'en trouve compromise.

Toutefois, la loi AGG ne rend obligatoire aucun aménagement raisonnable en faveur des personnes handicapées. Cette exigence apparaît dans la section 81.4 du code social IX. Une définition bien plus limitée y figure, selon laquelle seules les personnes considérées comme lourdement handicapées (*schwerbehindert*) ont droit à des aménagements spécifiques. Ce statut leur est acquis si leur handicap réduit de 50% au minimum leur capacité à participer au monde du travail. Les personnes dont le degré de handicap est compris entre 30 et 50% peuvent également être considérées comme lourdement handicapées si cet état les empêche de trouver un emploi³⁴¹. Le degré de handicap et, donc, le statut d'une personne sérieusement handicapée sont définis par l'administration³⁴², et seules celles qui se le sont vu officiellement attribuer ont droit aux aménagements spécifiques. La situation est identique au Luxembourg, où la loi générale anti-discrimination du 28 novembre 2006, qui interdit toute discrimination directe ou indirecte sur la base d'un handicap, ne contient aucune définition dudit handicap. La disposition relative aux aménagements raisonnables a été transposée séparément dans la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées, telle que modifiée³⁴³. En conséquence, seules les personnes remplissant les critères arrêtés par la définition du handicap fixée par cette loi ont droit à des aménagements raisonnables. Sur le plan pratique, cela signifie que seul un travailleur dont la capacité de travail est réduite de 30 % ou plus et dont le handicap a été reconnu par le centre de sécurité sociale peut prétendre à de tels aménagements. En revanche, les autres

³³⁹ Code social IX, section 2

³⁴⁰ Section 3 de la loi sur la promotion de l'égalité des personnes handicapées.

³⁴¹ Code social IX, section 2.3

³⁴² Code social IX, section 69.1.

³⁴³ En raison d'un amendement à cette loi, en date du 28 novembre 2006.

dispositions de la directive, couvertes par la loi du 28 novembre 2006, ne font l'objet d'aucune limite ni exigence.

Une situation quelque peu similaire existe *en Hongrie*, même si la définition du handicap utilisée pour définir l'accès aux aménagements raisonnables n'est pas limitée de la même façon que dans les législations allemande et luxembourgeoise. La loi CXXW sur l'égalité de traitement et la nécessité de promouvoir l'égalité des chances est une loi anti-discrimination générale qui interdit, entre autres, la discrimination fondée sur le handicap. Le concept de « handicap » n'est pas défini dans cette loi. Les aménagements raisonnables, dans la mesure où ils sont prévus par la législation hongroise, sont couverts par la loi XXVI de 1998 relative aux droits et à l'égalité des chances des personnes handicapées. Selon cette loi, une personne est handicapée, et donc habilitée à obtenir des aménagements, si elle « souffre d'une réduction importante, voire totale, du contrôle de ses facultés sensorielles, motrices ou mentales, ou si elle est considérablement limitée dans ses facultés de communication, et si cet état fait en permanence obstacle à une participation active à la vie sociale.³⁴⁴ » Si la définition du handicap figurant dans la loi hongroise XXVI de 1998 est interprétée conformément à l'arrêt rendu par la CJCE dans l'affaire *Chacon Navas* et aux arrêts ultérieurs prononcés par la Cour, la loi hongroise peut être considérée comme compatible avec la directive. La conclusion est toutefois différente en ce qui concerne les dispositions allemandes, françaises et luxembourgeoises correspondantes. La directive ne fait pas de distinction entre les personnes dont le handicap ouvre droit à la protection contre toute discrimination directe et indirecte et celles qui peuvent également exiger la création d'aménagements raisonnables. Elle n'exige pas non plus la reconnaissance officielle d'une situation de handicap par l'administration ou la sécurité sociale comme préalable à la mise en application des dispositions protectrices de la directive. Ainsi, les dispositions allemandes, françaises et luxembourgeoises qui restreignent le droit aux aménagements spécifiques semblent constituer une violation de la directive.

Dans tous les pays, le rôle du droit devrait être d'essayer de gommer, de normaliser ce handicap en essayant d'intégrer la personne handicapée dans le modèle dominant : l'intégration par le travail. Le handicap est la traduction sociale des difficultés que rencontre une personne à s'adapter à une normalité très subjective. Par

³⁴⁴ Article 4 de la loi XXVI de 1998 relative aux droits et à l'égalité des chances des personnes handicapées

conséquent, ce que l'on va essayer de valoriser, ce sont les aptitudes restantes ou à développer, au travers, notamment, de la réadaptation et de l'insertion. Pour ce faire, les textes doivent désormais s'attacher plus à la personne.

Néanmoins, on peut se demander si, en créant un véritable statut juridique des personnes handicapées, le droit favorise effectivement leur insertion. En définissant le handicap par référence à la capacité à occuper un emploi, le droit l'institue comme source de légitimation de l'application d'un régime juridique dérogatoire. Ne véhicule-t-il pas, de ce fait, en plus d'un effet d'aubaine, des logiques d'exclusion ?

Section 2 : La classification du handicap

A. La Classification internationale du Fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF)

La Classification internationale du Fonctionnement, du handicap et de la santé (ou CIF)³⁴⁵ a été proposée par l'OMS en 2001 et adoptée par 200 pays. Elle se substitue ainsi à la classification internationale des handicaps (CIH) datant de 1980 dont elle est la révision, et affine sa particularité qui consiste à aborder l'invalidation comme une interaction entre les potentialités d'un individu et son environnement en précisant le rôle des facteurs environnementaux.

Les anciens axes d'identification du handicap (les déficiences, les incapacités, les désavantages) qui étaient au nombre de trois, sont remplacés par les quatre catégories suivantes :

- *Fonction organique* (fonction mentale, sensorielle, digestives etc.), c'est-à-dire le domaine de fonctionnement corporel.
- *Structure anatomique* (structure du système nerveux, structure liée au mouvement...) qui situe l'organisation physique en jeu.
- *Activité et participation* (activité de communication, de mobilité...) qui identifie les fonctionnements concernés.
- *Facteurs environnementaux* (produit et système technique, soutien et relation...) qui relie aux facteurs extérieurs potentiellement handicapants.

³⁴⁵http://fr.wikipedia.org/wiki/Classification_internationale_du_Fonctionnement,_du_handicap_et_de_la_sant%C3%A9

B. La Classification française par la Commission des Droits et de l'Autonomie des Personnes Handicapées CDAPH

La Commission des Droits et de l'Autonomie des Personnes Handicapées (CDAPH)³⁴⁶ est un organisme au sein de la Maison Départementale des Personnes Handicapées (MDPH) chargée de répondre aux demandes faites par les personnes handicapées concernant leurs droits. Créée au même moment que la MDPH lors de la mise en œuvre de la loi 2005-102 du 11 février 2005, elle prend des décisions sur la base de l'évaluation et le plan personnalisé de compensation fait par cette dernière. Elle résulte de la fusion des *Commissions techniques d'orientation et de reclassement Professionnel* (COTOREP) et des *Commissions départementales d'éducation spéciale* (CDES). Prévues à l'article L146-92 du code de l'action sociale et des familles, elles sont régies par les articles L241-53 et suivants de ce code

Pour proposer un taux de handicap, l'équipe pluridisciplinaire de la MDPH s'appuie sur le Guide-barème pour l'évaluation des déficiences et des incapacités des personnes handicapées selon le Décret n° 2007-1574 du 6 novembre 2007 du code de l'action sociale et des familles.

Les déficiences y sont décrites en 8 chapitres³⁴⁷ :

- Chapitre I. - Déficiences intellectuelles et difficultés de comportement.
- Chapitre II. - Déficiences du psychisme.
- Chapitre III. - Déficiences de l'audition.
- Chapitre IV. - Déficiences du langage et de la parole.
- Chapitre V. - Déficiences de la vision.
- Chapitre VI. - Déficiences viscérales et générales.
- Chapitre VII. - Déficiences de l'appareil locomoteur.
- Chapitre VIII. - Déficiences esthétiques.

Ainsi, la Commission des Droits et de l'Autonomie des Personnes Handicapées reconnaît aux personnes qui entrent dans le cadre de l'article L5213-2 du Code du Travail, la qualité de travailleurs handicapés (RQTH). Ceci leur permet

³⁴⁶R241-2du Code de l'Action Sociale et des Familles,

³⁴⁷Le COTOREP reclassait le travailleur handicapé dans l'une des catégories correspondantes à ses capacités professionnelles :

d'être orientés vers des entreprises adaptées (EA) qui pourront les embaucher, ou d'être recrutés par des entreprises traditionnelles et de bénéficier le cas échéant d'un accompagnement sur l'adaptation du poste de travail (en France, le cadre légal est celui de la Loi du 11 février 2005)

C. Autres classifications

En outre, l'on peut distinguer cinq grandes catégories de handicap³⁴⁸ :

- Le handicap moteur recouvre l'ensemble des troubles pouvant entraîner une atteinte partielle ou totale de la motricité, notamment des membres supérieurs et/ou inférieurs (difficultés pour se déplacer, conserver ou changer une position, prendre et manipuler, effectuer certains gestes).
- Le handicap sensoriel regroupe les difficultés liées aux organes sensoriels, et plus particulièrement :
 - Le handicap visuel, qui concerne les personnes aveugles, mais aussi, dans la majorité des cas, les personnes malvoyantes
 - Le handicap auditif : la perte auditive totale est rare, la plupart des déficients auditifs possèdent « des restes auditifs » pour lesquels les prothèses auditives apportent une réelle amplification. Selon les cas, ce handicap s'accompagne ou non, d'une difficulté à oraliser.
 - Le handicap psychique résulte de troubles mentaux ou d'une maladie psychique, névrose, psychose, dépression, dépendance, etc. Il se traduit par un dysfonctionnement de la personnalité, sans nécessaire atteinte des capacités intellectuelles.
 - Le handicap mental ou intellectuel : c'est une difficulté à comprendre et une limitation dans la rapidité des fonctions mentales sur le plan de la compréhension, des connaissances et de la cognition.
 - Les maladies invalidantes : toutes les maladies respiratoires, digestives, parasitaires, infectieuse (diabète, hémophilie, sida, cancer, hyperthyroïdie...). Elles peuvent être momentanées, permanentes ou évolutives.

Une autre classification³⁴⁹

³⁴⁸<http://fr.wikipedia.org/wiki/Handicap>

³⁴⁹<http://fr.wikipedia.org/wiki/Handicap>

- Les handicaps physiques (ou physiologiques) incluent les handicaps sensoriels (surdité, amblyopie, anosmie, cécité, achromatopsie), les handicaps moteurs (paralysies, amputations, infirmité motrice cérébrale, spina bifida, myopathie) et de la voix (mutisme, laryngectomie) et les maladies chroniques ( pilepsie, cardiopathie, mucoviscidose).
- Les handicaps mentaux (neurologiques ou psychologiques) incluent des déficiences mentales (autisme). Cette terminologie, cependant, concerne plutôt les handicaps majeurs, car les handicaps légers apparentés seront plutôt désignés par le terme de "handicap neuropsychologique". Les handicaps d'origine neuropsychologiques peuvent notamment inclure dyslexie dysorthographique, dyspraxie visuo-spatiale et dyscalculie, des handicaps sans signification somatique (handicap cognitif comme l'illettrisme, la langue et la culture), handicaps sociaux, et d'autres dont le statut est plus ambigu (troubles de la communication, troubles de l'apprentissage).
- Le polyhandicap renvoie à une association d'un handicap mental à des déficiences motrices.

Remarques de conclusion sur la catégorisation des travailleurs handicapés

Néanmoins l'enjeu de catégorisation des travailleurs handicapés sur l'évaluation de leurs capacités, par une organisation administrative, s'est révélé vain. Les employeurs comprennent bien que la notion de handicap renvoie à des troubles (mentaux et/ou physiques) pouvant s'exprimer de manière très différente d'une personne handicapée à l'autre. Le quotidien de l'intégration pousse leur regard bien au-delà des classifications des catégories définies par l'évaluation des organisations sur les capacités des personnes handicapées à une activité professionnelle et du pourcentage d'abattement de salaire qui constituent pourtant la référence principale des organismes de placement. Dès lors que les catégories administratives servent à designer le handicap, les employeurs auront toujours l'impression d'être renvoyés aux limites de leur propre évaluation des capacités et des compétences professionnelles de leur salarié. Ils doivent découvrir par eux-mêmes les caractéristiques personnelles de leur salarié et repérer l'existence d'une aptitude à s'adapter à de nouvelles situations de travail. Ce qui présente des risques évidents sur le contrat de travail lorsque des informations jouant en défaveur de la personne handicapée sont mises au jour. Cela étant, le fait que

l'employeur ne puisse pas se référer à une classification officielle (donc générale) pour « évaluer » leur salarié peut avoir des conséquences heureuses. C'est ainsi que certains employeurs embauchant un salarié de catégorie C du Cotorep³⁵⁰ disent ne pas le considérer comme handicapé : « Je ne sais pas pourquoi il était reconnu handicapé, pour moi il n'avait pas de difficultés. »³⁵¹

Section 3 : Le handicap psychique et le handicap mental

La notion de handicap psychique porte aussi des enjeux politiques, sociaux et individuels considérables pourtant il n'existe pas de définition officielle ni même partagée du handicap psychique. C'est René Baptiste dans son ouvrage sur l'insertion des personnes handicapées psychiques qui propose la définition du handicap psychique la plus proche de la Classification internationale du fonctionnement du handicap et de la santé (CIF³⁵²) et située à l'articulation non seulement du médical et du social, mais surtout à la rencontre des caractéristiques individuelles et d'un environnement donné : « je rappellerai donc que ce n'est pas l'atteinte physique ou psychique qui fait le handicap mais la combinaison entre le projet de vie, l'environnement et les capacités de la personne concernée par une déficience et les incapacités qui en découlent. » Il reprend néanmoins le modèle précédent de la Classification internationale des handicaps (CIF) pour repérer les traductions des déficiences psychiques (qu'il décrit comme associées aux maladies psychiques) :

- Une moindre capacité à s'adapter
- Une difficulté à entrer en relation avec les autres
- Une diminution des habiletés sociales³⁵³

Le handicap psychique met en exergue, dans le monde du travail, la variabilité et la vulnérabilité de la nature humaine, la confusion entre la sphère professionnelle et la sphère privée, les difficultés à évaluer le handicap des personnes et leur

³⁵⁰ Le COTOREP reclassait le travailleur handicapé dans l'une des catégories correspondantes à ses capacités professionnelles :

- A pour un handicap léger ou moyen temporaire
- B pour un handicap léger ou moyen permanent
- C pour un handicap grave ou lourd permanent

³⁵¹ ZAFFRAN JOEL, « Des principes politiques d'insertion professionnelle des personnes handicapées au contexte de l'action », Revue française des Affaires sociales, n°2 avril-juin 2005.

³⁵² La CIF a succédé en 2001 à la CIH en renforçant la question de l'égalisation des chances et l'accès aux droits des personnes handicapées.

³⁵³ ROY – HATALA CLAIRE, « Le maintien dans l'emploi de personnes souffrant de handicap psychique, un défi organisationnel pour l'entreprise », Revue française des Affaires sociales, 2009.

employabilité. Il révèle également les tabous, les peurs et les représentations fortement normatives dans les entreprises qui stigmatisent les troubles psychiques. Enfin, le handicap psychique pose une importante question économique. La mise à l'écart et l'isolement professionnel des salariées atteints de troubles psychiques génèrent des coûts directs et indirects considérables pour les entreprises et la société en général.

Ce handicap singulier invite les organisations à s'interroger sur leur responsabilité sociale et bien au-delà sur leur stratégie de développement durable et d'acceptation de la diversité.

Ainsi, l'insertion professionnelle des personnes présentant un handicap consécutif à des troubles psychiatriques, désormais qualifié de handicap psychique, est un sujet d'actualité pour un ensemble de raisons. L'évolution des soins psychiatriques en est une. Les progrès pharmacologiques liés notamment aux antipsychotiques de nouvelle génération, plus respectueux des performances cognitives que les traitements antérieurs, permettent mieux qu'auparavant d'envisager une reprise d'activité.

Sur le plan social, en France, les lois sur le handicap et en particulier la récente loi 2005³⁵⁴, dont bénéficient maintenant fréquemment, au titre du handicap psychique, les personnes ayant présenté des troubles psychiatriques sévères, prévoient et favorisent des mesures de soutien à leur réinsertion professionnelle. Elle reconnaît, par l'intermédiaire de la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDARH), la qualité de travailleur handicapé à « toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales ou psychiques. » Corrélativement, se sont développées des structures d'aide à l'insertion professionnelle pour ces personnes, au sein desquelles se développe une expérience en matière d'évaluation et d'accompagnement vers l'emploi « des handicapés psychiques. » Ces pratiques d'évaluation et de soutien à la réinsertion se différencient par leur façon de pondérer l'importance accordée aux dimensions prises en compte, principalement la dimension clinique, la dimension cognitive et la dimension professionnelle. Dans le contexte français, en ce qui concerne

³⁵⁴ La Loi n° 2005-102 parue au JO du 11 février 2005 ajoute le handicap psychique aux déficiences motrices, sensorielles et mentales, déjà reconnues par les classifications internationales puis par le législateur en 1975.

l'activité d'évaluation et de soutien à la réinsertion professionnelle le cadre de référence dominant reste le cadre médical ou psychiatrique.

Néanmoins, une évaluation de la dimension proprement psychopathologique ainsi qu'une évaluation des performances cognitives sont certes utiles mais très insuffisantes pour appréhender les principaux facteurs qui conditionnent le retour au travail. Une série d'autres dimensions sont également à considérer, parmi lesquelles le rapport qu'entretient la personne avec le travail, mais aussi le « sentiment d'efficacité » pour surmonter les obstacles, les capacités relationnelles et la compétence sociale. Ces évaluations sont le plus souvent réalisées par des cliniciens, qui privilégient l'évaluation des dimensions dont ils sont les experts (la dimension psychopathologique), ou pour lesquelles ils disposent des instruments d'analyse appropriés (évaluation des performances cognitives). Ce biais d'expertise peut être en partie corrigé par des évaluations pluridisciplinaires, comprenant une évaluation « technique », en situation de travail, par un formateur par exemple. Il demeure que certaines dimensions restent sans doute insuffisamment prises en compte, par méconnaissance de leur importance ou par manque d'outils d'appréciation. L'évaluation du handicap et les possibilités de réinsertion est plus qu'une évaluation clinique et psychopathologique, elle requiert des compétences et une attention particulière à des dimensions évoquées ici mais qui restent à mieux faire connaître.

En outre, dans le processus de traduction de la notion « de handicap physique » s'ajoutent des raisons d'ordre politique, liées aux contradictions structurelles du modèle d'inclusion sociale. L'objectif de placement en emploi, à l'aune duquel les associations sont évaluées et financées, en constitue un bon indicateur. À l'heure actuelle, il est remis au premier plan des agendas politiques communautaire et national : tantôt pour solvabilité les systèmes de protection sociale, tantôt pour sortir d'une approche indemnitrice, jugée stigmatisante et décapitante. Le paradigme intégratif - instituant la dépendance de l'homme à l'égard de la société et mettant en avant la nécessaire solidarité collective contrebalançant cette dépendance - laisse progressivement place à un modèle « participatif » qui privilégie l'insertion (les individus ont le devoir de subvenir à

leurs propres besoins par le salariat/la collectivité le devoir de soutenir leur employabilité), tout en la subordonnant à l'implication individuelle³⁵⁵.

Le handicap psychique se distingue du handicap mental de la façon suivante³⁵⁶ :

- **le handicap mental** résulte le plus souvent de pathologies identifiables (traumatisme, anomalie génétique, accident cérébral). Il associe une limitation des capacités intellectuelles qui n'évolue pas, une stabilité dans les manifestations des symptômes, et une prise de médicaments très modérée.

- **le handicap psychique³⁵⁷, secondaire à la maladie psychique**, reste de cause inconnue à ce jour. Les capacités intellectuelles sont indemnes et peuvent évoluer de manière satisfaisante. C'est la possibilité de les utiliser qui est déficiente. La symptomatologie est instable, imprévisible. La prise de médicaments est le plus souvent indispensable, associée à des techniques de soins visant à pallier, voire à réadapter, les capacités à penser et à décider.

Le travailleur handicapé mental est accueilli, aujourd'hui en France, en Établissement ou Service d'Aide par le Travail (ESAT), structure ayant pour vocation l'accueil des travailleurs handicapés mentaux. Les travailleurs handicapés mentaux accueillis en ESAT sont dans la situation des usagers des services sociaux. Néanmoins, depuis le 1^{er} janvier 2007, ils bénéficient d'un statut rénové comportant la reconnaissance des nouveaux droits sociaux propres au salarié.

Section 4 : La « discrimination positive » fondée sur le handicap

Remarques préliminaires

L'insertion des personnes handicapées dans un emploi constitue un versant de la manifestation de ce que l'on peut qualifier d'une forme de solidarité nationale puisqu'elle implique une prise en charge par une partie de la collectivité, du traitement

³⁵⁵ VOLERY INGRID, « Sens et usages de la difficulté psychique dans le secteur de l'insertion professionnelle », Revue française des Affaires sociales, 2009

³⁵⁶ <http://www.unafam.org/-Le-handicap-psychique-.html>

³⁵⁷ Le handicap psychique est la conséquence de diverses maladies : les psychoses, et en particulier la schizophrénie, le trouble bipolaire, les troubles graves de la personnalité (personnalité border line, par exemple), certains troubles névrotiques graves comme les TOC (troubles obsessionnels compulsifs), la maladie autistique, parfois aussi des pathologies comme les traumatismes crâniens, les pathologies vasculaires cérébrales et les maladies neurodégénératives.

social du handicap³⁵⁸. Ainsi que le relevait très justement le sociologue Robert Castel, « l'insertion professionnelle réalise une forme de réintégration grâce à laquelle l'individu retrouve une place dans un système d'interdépendances. Il acquiert une utilité sociale et une autosuffisance. »³⁵⁹ C'est le but que se sont fixées les différentes mesures légales qui visent à favoriser l'insertion par le travail et dans le travail.

Néanmoins, « discrimination positive » provient non seulement d'une politique de solidarité vis-à-vis des personnes handicapées, mais surtout d'une recherche d'égalité « substantielle » dans l'accès à l'emploi.³⁶⁰ Ces mesures se justifient par le souci d'éviter ou de réparer certains phénomènes discriminatoires. Elles constituent alors un instrument de lutte contre les discriminations.

A. La définition de la « discrimination positive » et son rôle dans la lutte contre la discrimination

La « discrimination positive » consiste en des règles qui dérogent aux règles prohibant les discriminations en utilisant un critère normalement prohibé afin de compenser ou prévenir les désavantages subis dans l'emploi par des groupes déterminés de salariés. La discrimination positive consiste à créer juridiquement une inégalité, pour promouvoir, dans les faits, l'égalité.³⁶¹ La mise en œuvre d'actions positives dans le cadre de règles de non-discrimination-suspicion³⁶² est plus aisée, puisqu'elles s'inscrivent dans le prolongement de l'obligation de « conscience. »

³⁵⁸ Le devoir de solidarité de la nation à l'égard des personnes handicapées prend aussi la forme du versement d'une allocation. On peut cependant se demander si cette garantie de versement d'un revenu minimum ne sert pas plus à circonscrire les effets de l'exclusion du monde du travail qu'à favoriser l'intégration sociale des personnes handicapées.

³⁵⁹ ROBERT CASTEL, « De l'exclusion comme état à la vulnérabilité comme processus », in J. AFFICHARD et J.B. de FOUCAULT « Justice sociale et inégalités », éd. Esprit, 1992, pp.135 à 148, p.144.

³⁶⁰ L. Aouar, *Handicap, maladie et droit à l'emploi de la solidarité à l'égalité substantielle*, thèse soutenue le 7 déc. 2009 à l'Université Paris-Ouest Nanterre la Défense.

³⁶¹ La discrimination positive serait en quelque sorte, et selon les circonstances, une « prime. « Il serait néanmoins particulièrement déplacé de parler de « prime à la déficience » pour qualifier les mesures positives LAURENT SYLVAIN, « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées, » Droit Social n 5 mai 2008.

³⁶² Certains critères discriminatoires, comme le handicap, l'état de santé ou l'âge, relèvent de règles dont l'objet ne consiste pas en l'interdiction de leur utilisation. À l'inverse des règles de non-discrimination-prohibition, ces dispositifs antidiscriminatoires autorisent à recourir aux critères qu'ils visent. Néanmoins, l'invocation de tels critères demeure fermement encadrée. C'est en ce sens que ces règles se fondent sur une suspicion : l'auteur de la distinction ne peut librement et arbitrairement recourir à ces critères. Morgan Sweeney, Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination, *Revue de droit du travail* 2012 p. 87

Dans cette perspective, trois acceptions des actions positives peuvent être repérées.³⁶³ La première assimile strictement l'action positive à la technique du quota. La deuxième, moins stricte, repose sur la volonté affichée du pouvoir normatif de recréer une situation égalitaire. La dernière, plus large encore, « s'applique en fait à n'importe quelle règle d'application sélective, voire simplement différenciée. » Ces deux dernières acceptions apparaissent cependant trop étendues. Les actions positives s'inscrivent en effet, dans un domaine spécifique : la lutte contre les discriminations.

Le droit de l'Union européenne le démontre bien : la possibilité de mener des actions positives ne figure qu'au sein des dispositifs de non-discrimination. Ainsi, ces actions ne peuvent-elles être fondées que sur des critères qualifiés par le législateur de discriminatoires³⁶⁴, les distinguant de tous les autres critères de distinction. Tant que les mesures de faveur ne s'appuient pas sur un critère discriminatoire, elles restent soumises au principe d'égalité et non aux règles de non-discrimination. Les mesures d'action positive permettent-elles à celui qui détient le pouvoir de décision de se fonder directement sur un critère discriminatoire, à condition toutefois d'avoir l'intention de prévenir ou de compenser une discrimination. Il y a une contradiction logique inhérente à de telles mesures : elles permettent de justifier le recours à des critères discriminatoires, alors même que l'objet essentiel des règles antidiscriminatoires est la prohibition de leur utilisation.

Le principe de non-discrimination constitue la pierre angulaire de la politique européenne en faveur des personnes handicapées. En vue de promouvoir l'égalité des chances, l'Union européenne développe une politique de mainstreaming qui consiste à intégrer les questions de handicap dans l'ensemble des politiques communautaires susceptibles d'améliorer l'intégration sociale des personnes handicapées. Le concept de mainstreaming a connu un essor tout à fait particulier en droit de l'Union européenne. Il consiste à envisager le développement de certaines politiques de manière transversale, tant sur le plan horizontal (relations interinstitutionnelles) que sur le plan vertical (relations UE/États membres). En l'occurrence, la Commission européenne insiste depuis plusieurs années pour que la question du handicap soit traitée de manière globale et qu'elle soit prise en compte à tous les niveaux et dans tous les secteurs de

³⁶³ Calvès, G. *La discrimination positive*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2004, p. 3 et 4

³⁶⁴ Articles les L. 1132-1 et L. 1132-2 Code du travail

développement des politiques européennes.³⁶⁵ Cette approche a d'ailleurs été reprise et consacrée par le Conseil pour qui « la cohérence et la complémentarité avec d'autres actions communautaires est indispensable, notamment dans les domaines de la lutte contre la discrimination et l'exclusion sociale et de la promotion de l'éducation, de la formation, des droits de la personne humaine et de l'égalité des sexes. »³⁶⁶ Sans pour autant interdire la mise en œuvre de mesures spécifiques en faveur des personnes handicapées, la **Commission** focalise dorénavant son attention sur une stratégie transversale consistant à « intégrer la dimension de handicap dans chaque étape des processus politiques, de la conception et de la mise en œuvre au contrôle et à l'évaluation, en vue de promouvoir l'égalité des chances pour les personnes handicapées. »³⁶⁷

Le politique du *mainstreaming* constitue sans aucun doute la méthode la plus à même de remédier aux diverses situations discriminatoires que peuvent rencontrer les personnes handicapées. La Commission met l'accent sur la réalisation d'une plus grande synergie entre des questions connexes dans les domaines de l'emploi, de l'éducation et de la formation professionnelle, des transports, du marché intérieur, de la société de l'information, des nouvelles technologies et de la politique des consommateurs. En effet, quand bien même une personne handicapée aurait un emploi, si elle ne peut se rendre sur son lieu de travail pour cause de moyen de transport inadapté, la discrimination persiste. « L'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et contribuent dans une large mesure à la pleine participation des citoyens à la vie économique, culturelle et sociale, ainsi qu'à l'épanouissement personnel. »³⁶⁸ C'est la raison pour laquelle des 1984, le Conseil adoptait une recommandation sur l'emploi des handicapés dans la Communauté dans laquelle il enjoignait les États membres à prendre toutes « les mesures appropriées en vue d'assurer le traitement équitable des handicapés en matière d'emploi et de formation professionnelle »³⁶⁹. La mise en place de mesures

³⁶⁵ Sur le plan interne, la Commission européenne a mis en place un groupe interservices « Personnes handicapées » afin de favoriser une coopération intersectorielle plus grande au sein de l'institution. Ce groupe constitue le principal mécanisme de coordination de la politique des personnes handicapées dans l'ensemble des domaines relevant de la responsabilité de la Commission.

³⁶⁶ Considérant 14 de la décision 2001/903/CE du Conseil du 3 décembre 2001 relative à l'Année européenne des personnes handicapées 2003, JO L. 335, 19 décembre 2001, p.16.

³⁶⁷ COM (2003) 650 final, p.14.

³⁶⁸ Considérant 9 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, précitée, p. 16.

³⁶⁹ Recommandation 86/379/CE du Conseil du 24 juillet 1986 sur l'emploi des handicapés dans la Communauté.

destinées à tenir compte des besoins personnels des personnes handicapées au travail remplit un rôle majeur dans la lutte contre la discrimination fondée sur un handicap.

Ainsi que le relève la Commission, « des lieux de travail mal adaptés, une organisation du travail trop rigide ainsi que le caractère répandu des discriminations sont autant de facteurs qui contribuent au phénomène. »³⁷⁰ La directive du 30 novembre 1989 sur la santé et la sécurité sur les lieux de travail prévoit l'obligation pour les États d'aménager les portes, les voies de communication, les escaliers, les douches, les lavabos, les cabinets et bien sûr les postes de travail occupés par les travailleurs handicapés.³⁷¹ L'accès à l'emploi constitue l'une des priorités du plan d'action européen en matière d'égalité des chances pour les personnes handicapées. À ce titre, la Commission propose non seulement de créer les conditions nécessaires à la promotion de l'emploi des personnes handicapées mais aussi et surtout de rendre le marché du travail plus accessible³⁷²³⁷³.

Afin de parvenir dans les faits à l'objectif d'inclusion sociale, *l'Union* autorise l'adoption de mesures positives à l'égard des personnes handicapées. Cette dérogation au principe de non-discrimination constitue, selon le professeur Calves, « la clef de voûte d'une politique de rattrapage entre groupes inégaux. »³⁷⁴ La discrimination positive constitue un « remède radical »³⁷⁵ contre les formes d'inégalités et ne peut, dès lors, laisser indifférent. Pour ses promoteurs, le principe de discrimination positive permet de pallier les faiblesses et les insuffisances du modèle d'intégration républicain, « supposé garant de l'égalité des chances. » Cependant, pour ses détracteurs, la discrimination positive ne serait qu'un privilège injustifié créant pour ses bénéficiaires « une accoutumance au passe-droit et à l'irresponsabilité » et pour ceux qui en sont exclus un « sentiment d'exaspération » à l'encontre de ceux qui envisagent « la victimisation comme mode de légitimation des revendications »³⁷⁶.

³⁷⁰COM (96) 406 final, p.5.

³⁷¹Directive 89/654/CEE du Conseil du 30 novembre 1989 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour les lieux de travail, JO L. 393, 30 décembre 1989, p.1.

³⁷²COM (2003) 650 final.

³⁷³LAURENT SYLVAINE, « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées, » Droit Social n 5 mai 2008.

³⁷⁴Calves G. : « La discrimination positive », PUF, Que sais-je ?, Paris, 2004, p.30.

³⁷⁵BOUGRAB J. : « Vers des *affirmative actions* à la française », La documentation française, Paris, 2005

³⁷⁶LAURENT SYLVAINE, « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées, » Droit Social n 5 mai 2008.

En réalité, la discrimination positive ne s'attaque pas à la source des inégalités mais tente d'en modérer les effets. À cet égard, *l'Union européenne* a toujours encouragé les actions positives facilitant l'insertion sociale des personnes handicapées. Dans sa recommandation du 24 juillet 1986 sur l'emploi des handicapés dans la Communauté³⁷⁷, le Conseil invitait les États membres à prévoir des « actions positives en faveur des handicapés » dans le cadre de leurs politiques nationales. L'article 26 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989 énonce que « toute personne handicapée, quelle que soient l'origine et la nature de son handicap, doit pouvoir bénéficier de mesures additionnelles concrètes visant à favoriser son intégration professionnelle et sociale. » L'article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que « l'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté. »³⁷⁸ De la même manière, l'article 7 de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 prévoit, « qu'en ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail. »

Faut-il pour autant assimiler l'ensemble de ces mesures à de la discrimination positive ? Rien n'est moins sûr dès lors que, en matière de handicap, la discrimination découle le plus souvent de contraintes structurelles qui créent finalement des situations de handicap.³⁷⁹ La plupart des mesures prises en faveur des personnes handicapées relèvent le plus souvent d'un aménagement structurel qui ne constitue pas une discrimination positive au sens strict.

La politique européenne d'égalité de traitement en matière d'accès à l'emploi procède d'une autre démarche qui tend à contenir les effets négatifs de la concurrence. Ainsi que le précise Christine Le Claiche, « l'important est sans doute de conjuguer les

³⁷⁷ Recommandation 86/379/CE du Conseil du 24 juillet 1986 sur l'emploi des handicapés dans la Communauté

³⁷⁸ Article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C-364, 18 décembre 2000, p.1

³⁷⁹ LAURENT SYLVAINE, « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées, » Droit Social n 5 mai 2008.

moyens mis en œuvre tout en minimisant les effets stigmatisants.³⁸⁰ » L'approche européenne repose en effet sur la promotion de l'égalité des chances et non sur la recherche d'une égalité de résultat. Le bien-fondé et la légitimité d'une action positive en dépendent. Afin de concilier non-discrimination et compensation, l'Union européenne développe une législation ouverte à la discrimination positive mais à la seule condition que celle-ci vise « l'égalité des points de départ et non l'égalité des points d'arrivée. »³⁸¹ En ce sens, l'Union européenne, sans pour autant dénoncer les politiques nationales, se démarque des États membres qui ont plutôt développé des politiques de quotas à l'embauche ou de professions réservées en faveur des personnes handicapées.³⁸² Les dispositions de la directive du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail illustrent parfaitement le caractère circonstancié du recours à la discrimination positive.³⁸³ En effet, la directive n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, capable ou disponible pour remplir les fonctions essentielles d'une activité professionnelle soit embauchée au seul prétexte qu'elle est handicapée. Le traitement préférentiel doit faire l'objet d'une appréciation objective et ne doit pas être appliqué de manière automatique.³⁸⁴

L'obligation positive qui pèse sur l'employeur participe finalement d'une politique européenne du handicap qui fait de la promotion de l'égalité des chances le recours privilégié en vue de mettre un terme à la discrimination envers les personnes handicapées. Éric Deschavanne observe que « le traitement préférentiel, dans son rapport aux diverses situations de compétition entre les individus, peut se fonder sur une obligation de moyens sans porter atteinte à l'égalité formelle impliqué par la règle de concurrence, il peut à l'inverse conduire à suspendre la règle de concurrence au nom de l'obligation de résultats »³⁸⁵.

³⁸⁰ LE CLAICHE CHRISTINE et DEMUIJNCK G. « Handicap et accès à l'emploi, efficacité et limites de la discrimination positive », <http://www.cee-recherche.fr>.

³⁸¹ Conclusions de l'avocat général Tesouro dans l'affaire Kalanke, CJCE 17 octobre 1995, affaire C-450/93.

³⁸² LAURENT SYLVAIN, « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », *Droit Social* n 5 mai 2008.

³⁸³ En effet, la directive n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, capable ou disponible pour remplir les fonctions essentielles d'une activité professionnelle soit embauchée au seul prétexte qu'elle est handicapée.

³⁸⁴ LAURENT SYLVAIN, « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », *Droit Social* n 5 mai 2008.

³⁸⁵ DESCHAVANNE ÉRIC, « La discrimination positive face à l'idéal républicain : définition, typologie, historique, arguments », *La documentation française*, Paris 2005, p.75.

B. Les actions positives et surtout le quota d'emploi en faveur des personnes handicapées

Une des formes d'intégration sociale des personnes handicapées passerait donc par le travail³⁸⁶. Le droit devrait ainsi permettre de tisser un certain nombre d'obligations réciproques (obligation d'emploi pour les employeurs et obligation pour les travailleurs handicapés d'effectuer le travail prescrit) dans le but de favoriser leur intégration.

En France, les lois sur les actions positives sont anciennes, ce qui atteste d'une réelle prise de conscience.³⁸⁷ La réglementation nationale française vise à cet égard un double objectif : la garantie d'un revenu minimum et l'insertion professionnelle des personnes en situation de handicap. Fruits d'une longue évolution législative, les dispositions intéressant l'emploi sont éparpillées dans le Code du travail, le Code de l'action sociale et des familles et le Code de la sécurité sociale : loi du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées, loi du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi de personnes handicapées et loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Ces différents textes soulignent le principe de non-discrimination et de traitement égalitaire des travailleurs handicapés par rapport au reste de la population active.

Ainsi, depuis 1987, la législation impose aux entreprises de vingt salariés et plus d'employer 6 % de personnes handicapées.³⁸⁸ Ce quota vise à ce que la collectivité des travailleurs dans l'entreprise soit le reflet de celle de la population³⁸⁹ et vise à empêcher l'exclusion des personnes handicapées. L'action positive procède donc à la fois d'une politique de solidarité vis-à-vis des personnes handicapées, et d'une recherche d'égalité « substantielle » dans l'accès à l'emploi. L'objet de ce quota n'est pas le cas particulier de telle ou telle personne handicapée, mais le traitement à l'égard de l'ensemble des

³⁸⁶ Au même titre que l'intégration scolaire

³⁸⁷ HEAS FRANCK, « État de santé, handicap et discrimination en droit du travail », La Semaine Juridique, édition Sociale n° 24 - 14 juin 2011

³⁸⁸ L. n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, désormais codifiée à l'art. L. 5212-2 Code du travail. Précédemment le quota était fixé à 3 % - et 10 % des mutilés de guerre, exigence supprimée par la loi de 1987 - par la L. n° 57-1223 dite « Gazier » du 23 nov. 1957.

³⁸⁹ C'est un tel programme que poursuivent les mesures prises au nom de la « diversité. » SWEENEY MORGAN, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination » Revue de droit du travail, 2012, p. 87.

personnes handicapées. C'est donc l'appartenance à un groupe particulier, défini sur la base de critères discriminatoires, qui prévaut.

Le quota ainsi posé en matière de handicap est rigide : l'employeur doit atteindre le résultat fixé par la loi. Le recours à une telle technique, certainement en raison du consensus qu'elle suscite, n'a jamais été contesté devant les juges. Le Conseil constitutionnel n'a été saisi, sur le fondement du principe d'égalité, que de contestations relatives à l'attribution de l'allocation aux adultes handicapés³⁹⁰ ou d'exonération de cotisations patronales pour les rémunérations d'aides à domicile des personnes handicapées.³⁹¹ Pour l'heure, les quotas rigides en matière de handicap n'ont pas été soumis au contrôle des juges, qui n'ont donc pas pu imposer, à l'instar de la jurisprudence relative aux actions positives en raison du sexe, que ceux-ci soient flexibles.³⁹² D'un point de vue prospectif, il est probable que les juges ne remettent pas en cause le quota d'emploi, si celui-ci est contesté au nom de l'égalité des chances (des personnes non-handicapées).

Deux séries de raisons militent en ce sens.³⁹³ Tout d'abord, les actions positives en raison du handicap dérogent non pas à des règles de non-discrimination d'interdiction, mais de suspicion, qui reposent sur la conscience du détenteur du pouvoir de la situation du groupe discriminé. Dans ce cadre, la contradiction logique entre la prohibition et l'action positive n'a plus lieu d'être. Au contraire même, le quota d'emploi est complémentaire³⁹⁴ de la règle de non-discrimination en raison du handicap. En effet, le quota d'emploi l'oblige à faire le bilan du nombre de personnes handicapées dans ses effectifs.³⁹⁵ Ce faisant, l'employeur est mis face à ses actes menés dans le cadre de la politique (publique) en faveur des personnes handicapées. Ensuite, le dispositif français

³⁹⁰ 29 déc. 1993, n° 93-330 DC, Loi de finances pour 1994. Les requérants contestaient l'exclusion du bénéfice de l'allocation des personnes affectées des incapacités les moins graves. Le Conseil a considéré que le recours au critère de l'incapacité permanente ne violait pas le principe d'égalité.

³⁹¹ 16 déc. 2010, n° 2010-620 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2011

³⁹² SWEENEY MORGAN, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 87.

³⁹³ SWEENEY MORGAN, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 87.

³⁹⁴ Mais, la volonté de mettre en place une action positive ne suffit pas à justifier l'élaboration d'une classification que la règle de non-discrimination interdit par définition (race), pas plus qu'elle n'autorise l'instauration d'une priorité absolue et inconditionnelle sur le fondement d'un critère qui ne doit pas être, en principe, mobilisé (sexe). En revanche, la technique du quota rigide est autorisée dans le cadre des règles de non-discrimination-suspicion (handicap), car elle en constitue le prolongement dans la prise de conscience du phénomène discriminatoire. SWEENEY MORGAN.

³⁹⁵ Par contre l'aménagement raisonnable oblige l'employeur à prendre conscience des difficultés du salarié à occuper son poste, et donc d'envisager les adaptations nécessaires.

de quota d'emploi des personnes handicapées pourrait être conforme aux exigences posées par le juge européen.³⁹⁶ En premier lieu, la mesure apparaît comme raisonnable, car elle s'inscrit dans une politique d'insertion professionnelle. En second lieu, le quota d'emploi fixé à 6 % peut être considéré comme proportionné. Cette exigence de proportionnalité suppose que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne condamne ainsi les priorités d'emploi absolues et inconditionnelles.³⁹⁷ Or, le dispositif en cause n'instaure pas de priorité en tant que telle, mais une obligation d'emploi sur l'ensemble des travailleurs de l'entreprise ou de l'établissement. Outre le fait que le taux fixé est bien inférieur à ceux en cours dans les dispositifs d'action positive en raison du genre, l'employeur dispose de plusieurs moyens pour satisfaire à son obligation d'emploi : embaucher directement, conclure des contrats de fournitures ou de sous-traitance avec des établissements adaptés ou d'aide par le travail³⁹⁸, mettre en place, par accord collectif, un programme en faveur de personnes handicapées³⁹⁹, verser une contribution annuelle au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés.⁴⁰⁰ Ce n'est que si l'employeur, par ces différents moyens, ne satisfait pas à ses obligations qu'il sera sanctionné.⁴⁰¹ Dès lors, l'employeur dispose de moyens qui lui permettent de ne pas recruter directement de personnes handicapées.

De plus, l'article L.5213 et R. 5213-32-61 du code du travail prévoit des aides financières étatiques aux employeurs soumises à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés.

La législation grecque essaie, elle aussi, d'inciter les employeurs à employer des personnes en situation de handicap. En premier lieu, à l'article 21, la Constitution grecque prévoit pour la société la mission de mettre en œuvre des mesures spécifiques en faveur des personnes handicapées. En outre, la loi 1136/1981 (articles 55 à 58) formule les conditions des prestations d'invalidité. Les lois 1424/1984, 1426/1984, 1532/1985, 2643/1998, 2646/1998, article 17, 2956/2001, 3106/2003, article 10, 3174/2003, article 8, 3144/2003, article 1, 3227/2004, article 8, 3329/2005, article 22,

³⁹⁶ SWEENEY MORGAN, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 87.

³⁹⁷ CJCE, 11 nov. 1997, aff. C-409/95

³⁹⁸ Art. L. 5212-6 C. trav.

³⁹⁹ Art. L. 5212-8 Code du travail

⁴⁰⁰ Art. L. 5212-9 et s. Code du travail

⁴⁰¹ Art. L. 5212-12 Code du travail La sanction administrative correspond à la contribution annuelle au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés majorée de 25 %.

fixent les différentes mesures légales qui visent à favoriser l’insertion des personnes handicapées. Plus précisément, l’article 2 de la loi 2643/1998 prévoit que les entreprises ou les exploitations agricoles, grecques ou étrangères, en Grèce et les organismes du secteur public visés au paragraphe 8, ainsi que leurs filiales, si elles emploient plus de 50 personnes, doivent employer des personnes relevant de la protection de l'article précité, au taux de huit pour cent (8%) de l'effectif total de la société (mère) ou de l’organisation. Les entreprises ou les organismes publics dont le bilan était négatif (perte) au cours des deux années précédentes sont dispensés de cette obligation. Parallèlement⁴⁰², tous les ans, le gouvernement accorde des subventions aux entreprises qui embauchent des personnes handicapées.

Dans *plusieurs pays européens*, des quotas d’emploi sont imposés aux employeurs pour les travailleurs handicapés. Ces quotas diffèrent d’un pays à l’autre, tant du point de vue du pourcentage que de celui du seuil d’assujettissement. En effet, les populations concernées ne sont pas les mêmes et les pratiques sont largement influencées par le contexte culturel, social et économique spécifique à chaque pays.

Au Royaume-Uni, depuis 1997, l’approche du gouvernement travailliste se fonde sur une démarche générale intitulée *Welfare to work*, politique axée sur le passage de l’aide sociale au travail et dont l’instrument essentiel est constitué par les New Deals pour tous les groupes en difficulté comme les personnes handicapées. Cette politique d’activation, qui va de pair avec une réduction de l’attractivité des prestations sociales de chômage et d’invalidité, est constituée de deux volets : un accompagnement à la recherche d’emploi et la mise en place de conditions rendant la rémunération plus attractive que les allocations.

En Grande Bretagne, ce volet s’est accompagné de la création d’un salaire minimum (1999) et de l’instauration de crédits d’impôt. *Aux Pays-Bas*, la loi REA de 1998 met en place des incitations pour les employeurs par le biais de réductions de leurs cotisations, du financement du salaire de la personne handicapée nouvellement embauchée pour une durée de six mois. Le salarié, a droit à des aides à l’insertion (formation, placement à l’essai, allocation de réintégration) et même éventuellement a un budget personnalisé pour financer sa réinsertion. *En Suède*, comme aux Pays-Bas, les employeurs reçoivent des aides financières qui couvrent leurs charges salariales, en partie ou en totalité, selon la sévérité du handicap de la personne employée. *En*

⁴⁰²<http://www.oaed.gr/el/2012-07-13-06-44-20>

Espagne et en Allemagne également, des mesures de réduction des cotisations ont été mises en place, accompagnées de l'octroi des subventions salariales⁴⁰³.

Aux États-Unis, la Social security Administration (SSA) gère le Social Security Disability Insurance (SSDI)⁴⁰⁴, régime principal d'assurance sociale destinée à compenser la perte de salaire subie par les travailleurs invalides, et le Supplemental Security Income (SSI)⁴⁰⁵, revenu minimum destiné aux personnes handicapées à faibles revenus. Bien que les dispositifs SSDI et SSI contiennent des mécanismes incitatifs qui autorisent les bénéficiaires à percevoir des salaires, le niveau de revenu cumulable avec les prestations reste insuffisant pour leur permettre de sortir de la pauvreté, ce qui les dissuade de travailler. La décision de retravailler est particulièrement difficile à prendre par les personnes qui bénéficient également d'autres programmes, qui appliquent leurs propres règles de cumul entre emploi et prestations⁴⁰⁶. En outre, l'Americans with Disabilities Act, adoptée en 1990, est la pièce maîtresse de la législation de non-discrimination et est emblématique des nombreuses politiques actuellement mises en place aux États-Unis pour favoriser la pleine intégration des personnes handicapées à la vie quotidienne. Mais l'ADA ne crée pas d'obligation d'emploi, elle protège les personnes handicapées pour l'accès à l'emploi et le maintien dans l'emploi.⁴⁰⁷ De nos jours, aux États-Unis, plusieurs dispositions clés et conceptions du droit anti-discrimination, dont les origines se trouvent dans le mouvement des droits civiques, ont été rejetées ou limitées par les juges étatiques et fédéraux, les définitions législatives générales du handicap ont été juridiquement rétrécies, et de nombreuses formes d'action positive sont désormais constitutionnellement suspectes ou interdites par la législation^{408,409}.

⁴⁰³ COHU SYLVIE, LEQUET-SLAMA DIANE, VELCHE DOMINIQUE, « Les politiques en faveur des personnes handicapées dans cinq pays européens » Revue française des Affaires sociales, n°2 avril-juin 2005, p.11.

⁴⁰⁴ Instauré en 1956

⁴⁰⁵ Instauré en 1972

⁴⁰⁶ WITTENBURG DAVID, RANGARAJANANU, HONEYCUTT TODD, « Le système d'aide et les politiques de l'emploi en faveur des personnes handicapées aux États-Unis », Revue française des Affaires sociales, n° 4 octobre-décembre 2008, 62^e année, p.11.

⁴⁰⁷ COHU SYLVIE, LEQUET-SLAMA DIANE, VELCHE DOMINIQUE, « Les politiques en faveur des personnes handicapées dans cinq pays européens » Revue française des Affaires sociales, n°2 avril-juin 2005, p.11.

⁴⁰⁸ DE BURCA GRAINNE, « The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law », The American Journal of Comparative Law», volume 60, number 1, winter 2012.

⁴⁰⁹ L'histoire récente des États-Unis a été marquée par deux grands bouleversements politiques : un mouvement progressiste, dans les années 1960, et un mouvement conservateur ou réactionnaire, dans les années 1980. En règle générale, les années soixante ont été plus propices aux aspirations, à la solidarité et au renforcement du rôle du gouvernement fédéral, tandis que les années quatre-vingt ont favorisé les

Au Canada, contrairement aux États-Unis où la loi fédérale structure toute la politique de non-discrimination, les Provinces se sont vues déléguer l'ensemble des pouvoirs dans les secteurs sociaux et apparaissent plus sensibles en particulier s'agissant du handicap. De plus, outre la Charte canadienne des droits et libertés⁴¹⁰, inscrivant explicitement la déficience dans les motifs des discriminations, une série des textes généraux et non spécifiques aux personnes handicapées couvrent différents domaines civils et sociaux. Par exemple la loi sur l'équité en matière d'emploi assure une représentation équitable de chacun des groupes à protéger en se fondant sur une comparaison des pourcentages de personnes handicapées dans la société et du nombre de travailleurs handicapés par catégories professionnelles disponibles pour l'emploi, c'est-à-dire travaillant ou à la recherche d'un emploi. Il s'agit des quotas cibles, non réellement imposés, mais à atteindre dans le cadre du plan d'équité en matière d'emploi de l'entreprise ou de l'administration, et nullement de quotas explicites comme en France, en Allemagne ou dans d'autres pays européens⁴¹¹.

En appliquant aux travailleurs handicapés un corpus des normes juridiques dérogatoires, l'on s'efforce d'inciter les employeurs à recourir à cette main d'œuvre. On peut alors se demander si l'application de règles de droit dérogatoires à une catégorie juridique particulière permet, en accordant au bénéficiaire un statut juridique propre, son intégration dans la société.

C. L'obligation de quota produit-elle les résultats escomptés ?

Nicole Maggi-German constate⁴¹² que l'obligation d'emploi instituée par *le Code du travail français* se révèle inefficace. Lorsqu'elle existe, elle se réalise en grande partie grâce à la mise en place d'un « sous-statut » juridique des travailleurs handicapés devant permettre ce que P. Doriguzzi nomme très justement une « égalité par compensation juridique du désavantage » qui, au bout du compte, contribue à une

intérêts des entreprises, l'individualisme et le désengagement du gouvernement fédéral en matière de protection sociale et de services en faveur des plus démunis. Le contexte politique actuel reste marqué par le mouvement des années 1980. JAHIEL RENE, « Évaluation de l'American with disabilities Act », Revue française des Affaires sociales, n° 4, octobre - décembre, 2008, 62^e année.

⁴¹⁰La Charte canadienne des droits et libertés, adoptée en 1982 et insérée dans la loi constitutionnelle.

⁴¹¹COHU SYLVIE, LEQUET-SLAMA DIANE, VELCHE DOMINIQUE, « Les politiques en faveur des personnes handicapées dans cinq pays européens », Revue française des Affaires sociales, n°2, avril-juin, 2005, p.11.

⁴¹²MAGGI-GERMAN NICOLE, « La construction juridique du handicap », Droit Social, n°12, décembre 2002, p. 1092.

accentuation du handicap. Le droit conduit ainsi à ce que le rapport Nasse⁴¹³ identifie comme une « mise à l'écart et une non-participation réelle et symbolique » des handicapés génératrice d'exclusion entendue comme « manière de décrire les difficultés à établir des solidarités, soit des individus entre eux, soit des groupes dans l'ensemble social. «Ainsi que le relevait très justement le sociologue Robert Castel, « l'insertion professionnelle réalise une forme de réintégration grâce à laquelle l'individu retrouve une place dans un système d'interdépendances. Il acquiert une utilité sociale et une autosuffisance.⁴¹⁴ » C'est le but que se sont fixées les différentes mesures légales qui visent à favoriser l'insertion par le travail et dans le travail. La loi de 1975 proclame ainsi que « l'emploi et le reclassement des personnes handicapées constituent un élément de la politique de l'emploi. » Quant à l'article L. 1133-3 du Code du travail, il interdit les discriminations en raison du handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail. L'ensemble de la carrière professionnelle se trouve visée, la loi de la modernisation sociale en ayant considérablement étendu le champ d'application⁴¹⁵. Cela se traduit par la mise en œuvre de discriminations positives telles que l'obligation d'emploi prévue à l'article L 5212-1.

Néanmoins, la loi permet aux employeurs de remplir leur obligation soit par l'emploi direct de personnes handicapées, soit en ayant recours à des solutions alternatives, la combinaison de deux possibilités est aussi permise. Ainsi, le Code du travail a prévu, à l'article L.5212-8, la possibilité pour les employeurs concernés de s'acquitter de l'obligation d'emploi par la mise en place, par accord de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement, d'un programme annuel ou pluriannuel, en faveur des personnes handicapées. De telles dispositions permettront peut-être d'éviter que l'obligation d'emploi ne se mue en des modalités qui en sont éloignées. » La même loi (article L.5212-7) permet aux employeurs de s'acquitter d'une partie de leur obligation d'emploi en accueillant en stage des personnes handicapées dans la limite de 2% de l'effectif total des salariés de l'entreprise. Ce faisant, la loi n'apporte qu'une réponse très partielle à la question cruciale de la formation continue des personnes handicapées, moyen de lutte contre l'exclusion.

⁴¹³ Ph. Nasse, « Exclues et exclusions : connaître les populations, comprendre les processus », Commissariat général du Plan, Paris, janvier 1992, p.1.

⁴¹⁴ Castel Robert, « De l'exclusion comme état à la vulnérabilité comme processus in J. Affichard et J-B de Foucault, « justice sociale et inégalités », éd. Esprit, 1992, pp.135 à 148, p.144.

⁴¹⁵ Loi n 2002-73 du 17 janvier 2002.

En pratique, *en France* en 2010⁴¹⁶, 336 900 travailleurs handicapés ont été employés dans les 97 200 établissements assujettis à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés (OETH). Dans les établissements non couverts par un accord spécifique à l'emploi de travailleurs handicapés, le nombre de ces bénéficiaires s'élève à 260 900. En équivalent-emplois à temps plein (EQTP) sur l'année, ces salariés représentent 2,8 % des effectifs des établissements assujettis n'ayant pas signé d'accord spécifique à l'emploi de personnes handicapées (soit 197 300 bénéficiaires EQTP).

D'autre part, il existe des comportements discriminatoires qui font que, même avec une qualification très recherchée et malgré l'obligation d'emploi, la recherche d'emploi est plus difficile pour les personnes handicapées. « Les personnes handicapées demeurent en grande partie exclues du monde du travail et ce, d'autant plus que les entreprises peuvent s'acquitter de cette obligation par un versement libératoire. En effet, l'obligation d'emploi des personnes handicapées mise à la charge de l'employeur par le droit du travail français est une obligation de résultat qui peut revêtir plusieurs formes. Un employeur peut ainsi remplir cette obligation au moyen d'une contribution annuelle.⁴¹⁷ On aboutit à une logique de « financiarisation » du handicap qui s'accompagne d'une mécanique de déresponsabilisation : la question du handicap se gère en dehors de l'entreprise qui fonctionne alors aussi, pour reprendre les termes de Xavier Gaullier, comme une « machine à exclure.⁴¹⁸ »

Par ailleurs, Patricia Thorton⁴¹⁹ a raison de souligner, que la volonté exprimée par certains pays de réduire le nombre de bénéficiaires de prestations d'invalidité les conduit souvent à développer de nouveaux programmes spécifiques malgré leur désir affiché de « mainstreaming », et bien que rien ne permette de prouver que ces programmes soient plus efficaces que le recours au droit commun.

⁴¹⁶<http://travail-emploi.gouv.fr/actualite-presse,42/breves,2137/etudes-recherches-statistiques-de,76/etudes-et-recherches,77/publications-dares,98/dares-analyses-dares-indicateurs,102/2012-079-l-emploi-des-travailleurs,15605.html>

⁴¹⁷L'article L. 5212-9 du code du travail français prévoit que l'employeur peut s'acquitter de l'obligation d'emploi en versant au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés prévu à l'article L.5214-1 une contribution annuelle pour chacun des bénéficiaires de l'obligation qu'il aurait dû employer.

⁴¹⁸XAVIER GAULLIER, La machine à exclure, Le Débat, n° 69, mars-avril 1992, pp. 168 à 188.

⁴¹⁹THORTON PATRICIA, LUNT N., Employment Policies for Disabled People in Eighteen Countries : A Review, York : social policy research Unit, University of York, dans l'article : COHU SYLVIE, LEQUET-SLAMA DIANE, VELCHE DOMINIQUE, « Les politiques en faveur des personnes handicapées dans cinq pays européens », Revue française des Affaires sociales, n° 2, avril-juin 2005, p.11.

Face aux développements des dispositifs qui se réclament de la « diversité⁴²⁰ », qui incitent à fonder des actions sur des critères discriminatoires, l'établissement des conditions de validité des actions positives apparaît aujourd'hui plus que nécessaire. Or, celles-ci doivent être indexées sur l'économie de la règle de non-discrimination, à laquelle elles dérogent.

D. L'accentuation de la discrimination fondée sur le handicap par sa compensation juridique

Lorsque la question du handicap est prise en charge par l'entreprise, c'est très souvent sous statut dérogatoire. Les finalités du droit sont alors de permettre une compensation du coût économique qu'est censé générer le handicap, c'est-à-dire, les diminutions de rendement qui, de ce fait, apparaissent comme la contrepartie inévitable du handicap.

Selon l'article L.5213-11 du Code du travail *français*, une aide financée par le fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés demandée par l'employeur peut être allouée en fonction des caractéristiques de bénéficiaires. De plus, conformément à l'article L. 5213-12 du Code du travail, les travailleurs handicapés qui font le choix d'exercer une activité professionnelle non salariée peuvent bénéficier d'une aide du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés (AGEFIPH) lorsque, du fait de leur handicap, leur productivité se trouve notoirement diminuée. Néanmoins, en cas de rechute de l'affection invalidante, les travailleurs handicapés employés en milieu ordinaire ne peuvent, sauf dérogation, bénéficier des avantages spéciaux accordés en cas de maladie par un statut particulier ou une convention ou accord collectif de travail (art. L.5213-8). La durée du préavis en cas de licenciement est doublée, avec un maximum de trois mois (art. L.5213-9).

La question du handicap se trouve également reportée sur des structures médico-sociales : les établissements ou services d'aide par le travail⁴²¹. Il incombe à la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 241-5 du code de l'action sociale et des familles, de proposer, le cas échéant, une orientation, du travailleur handicapé vers un établissement ou service d'aide par le

⁴²⁰P.-Y. Verkindt, « L'égalité au risque de la diversité », *Archives de philosophie du droit*, 2008, p. 141 et du même auteur, en collaboration avec L. Bonnard-Plancke, « Égalité et diversité : quelles solutions ? », *Dr. soc.* 2006. 968.

⁴²¹Loi n 2005-102 du 11 février 2005

travail, vers le marché du travail ou vers un centre de rééducation professionnelle qui ne peuvent lui refuser l'accès, dès lors qu'il est en mesure de recevoir la personne. Contrairement à ceux des ateliers protégés et des centres de distribution de travail à domicile (art. L. 5213-14), les travailleurs ne sont pas liés au service d'aide ou à l'établissement par un contrat de travail. En effet c'est parce que l'objet de la relation juridique existant entre le centre et le travailleur ne se limite pas à la fourniture d'une rémunération contre une prestation de travail mais inclut un accompagnement psychologique, « un soutien⁴²² », qu'ils ne peuvent relever de la juridiction prud'homale et ne se voient appliquer que celles des dispositions du code du travail qui les visent expressément. Ils n'ont pas la qualité de salariés. Pour autant, ils perçoivent une rémunération garantie. Les modalités de fixation de cette rémunération garantie sont précisées par les articles R. 243-5,-6,-7 du Code de l'action sociale et des familles. Mais, si les finalités médico-sociales et éducatives du placement en établissement ou service d'aide par le travail permettent de soustraire le travailleur handicapé au statut de salarié, elles devraient corrélativement entraîner une adaptation des règles de droit relatives à l'exécution et à la rupture du contrat de travail.

Or le problème qui se pose aujourd'hui est que les établissements ou services d'aide par le travail fonctionnent de plus en plus comme de véritables entreprises, ayant des objectifs de rendement et des méthodes de travail identiques au secteur concurrentiel. Peut-on alors toujours les considérer comme des structures médico-sociales soumises, à ce titre, à la loi de 2005 ? On constate d'ailleurs que le droit entretient certaines ambiguïtés en incitant les employeurs à recourir au secteur protégé : l'article L. 5212-6 du code du travail prévoit que l'employeur peut s'acquitter partiellement(50%) de l'obligation d'emploi en passant des contrats de fournitures de sous-traitance ou de prestations de services avec des entreprises adaptées, ou bien des centres de distribution de travail à domicile ou encore des établissements ou services d'aide par le travail⁴²³. Pourtant, le placement en milieu ordinaire demeure, si l'on s'en

⁴²²Tauran Th. "Le contrat de travail de l'incapable", Les petites fiches, n° 135, 8 juillet 1999.

⁴²³Cet acquittement partiel est proportionnel au volume de travail fourni à ces ateliers, centres, établissements ou services. Les modalités et les limites de cet acquittement partiel sont déterminées par voie réglementaire

tient à l'interprétation des textes, la règle, le travail protégé n'intervenant qu'à titre subsidiaire⁴²⁴.

L'insertion des handicapés dans l'emploi se réalise, de par la volonté des textes, par compensation juridique des différences qui caractérisent la personne elle-même. Par conséquent, elle contribue à enfermer le bénéficiaire dans un statut dérogatoire qui puise ses fondements juridiques et sa légitimité dans l'existence d'une déficience. Cette déficience caractérise alors non seulement la personne mais stigmatise aussi le travailleur. De ce fait, l'insertion n'est plus seulement une étape : la déficience génère un véritable état juridique d'exclusion pour celui qui devient en quelque sorte un « surnuméraire. »

Ainsi, la fonction du droit va être d'essayer « d'absorber » la déficience, notamment en compensant la diminution de productivité du travailleur handicapé par des réductions du salaire⁴²⁵. Ce faisant, il se propose de « normaliser » le handicap en intégrant la personne handicapée par assimilation plutôt qu'en permettant l'expression des différences. Mais dans le même temps, il circonscrit le handicap à la déficience, enfermant, de ce fait, la personne handicapée dans un statut dérogatoire qui ne lui offre qu'un accès à « une économie intermédiaire de l'intégration sociale contribuant à effacer la coupure mortelle entre l'univers de l'entreprise efficace et la sphère solidariste de l'État-providence. » Le droit contribue alors à renforcer un peu plus la mécanique d'exclusion dont sont victimes les personnes handicapées.

E. La distinction entre discrimination positive et aménagements raisonnables

La frontière est souvent ténue entre ce qui relève de l'action positive et de la mise en œuvre de la règle de non-discrimination. Il est alors nécessaire de les distinguer, avant d'étudier la pratique des aménagements raisonnables.

Les règles de non-discrimination-suspicion⁴²⁶ sont souvent considérées comme des actions positives, car elles visent à faciliter l'accès à l'emploi d'une population

⁴²⁴MAGGI- GERMAN NICOLE, « La construction juridique du handicap »,Droit Social n 12 décembre 2002, p 1092.

⁴²⁵Article L.5213 du code du travail

⁴²⁶Certains critères discriminatoires, comme le handicap, l'état de santé ou l'âge, relèvent de règles dont l'objet ne consiste pas en l'interdiction de leur utilisation. À l'inverse des règles de non-discrimination-prohibition, ces dispositifs antidiscriminatoires autorisent à recourir aux critères qu'ils visent.

particulière. L'exemple des dispositifs à destination des personnes handicapées est souvent cité comme un ensemble de mesures d'action positive.⁴²⁷ Toutefois, l'ensemble des dispositions de non-discrimination en raison du handicap ne relève pas de l'action positive. En effet, selon l'économie de la directive communautaire 2000/78, les auteurs distinguent bien l'aménagement raisonnable propre au critère du handicap⁴²⁸ des actions positives.⁴²⁹ L'article 7 de la directive dispose : « Pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ». La directive ne distingue pas selon les critères⁴³⁰, chacun pouvant faire l'objet d'une politique d'action positive. Autrement dit, les actions positives sont un autre cas de recours au critère discriminatoire, alternatif aux moyens ouverts par la règle de non-discrimination-suspicion elle-même.

En matière de handicap, l'action positive en faveur des personnes handicapées, comme l'obligation d'emploi (un quota d'emploi) doit donc être distinguée⁴³¹ de l'exigence des aménagements raisonnables.⁴³² Les aménagements raisonnables sont des mesures destinées à tenir compte des besoins personnels des personnes handicapées au travail. Donc, les dispositions prévoyant des aménagements raisonnables⁴³³ obligent l'employeur à procéder à des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées en prenant des mesures appropriées « pour assurer aux personnes

Néanmoins, l'invocation de tels critères demeure fermement encadrée. C'est en ce sens que ces règles se fondent sur une suspicion : l'auteur de la distinction ne peut librement et arbitrairement recourir à ces critères. Morgan Sweeney, Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination, *Revue de droit du travail* 2012 p. 87

⁴²⁷ Par exemple par F. Héas, « État de santé, handicap et discrimination en droit du travail », *JCP S* 2011, n° 1279.

⁴²⁸ Article 5 de la directive 2000/78/CE du 27 nov. 2000.

⁴²⁹ Article 7 de la directive 2000/78/CE du 27 nov. 2000.

⁴³⁰ Le paragraphe 2 de l'article 7 concerne quant à lui exclusivement le handicap

⁴³¹ Par contre, selon LAURENT SYLVAINE les aménagements raisonnables constituent une expression de la discrimination positive. Selon lui, la discrimination positive ne s'attaque pas à la source des inégalités mais tente d'en modérer les effets.

Cette obligation positive qui pèse sur l'employeur participe finalement d'une politique européenne du handicap qui fait de la promotion de l'égalité des chances le recours privilégié en vue de mettre un terme à la discrimination envers les personnes handicapées. Éric Deschavanne observe que « le traitement préférentiel, dans son rapport aux diverses situations de compétition entre les individus, peut se fonder sur une obligation de moyens sans porter atteinte à l'égalité formelle impliquée par la règle de concurrence, il peut à l'inverse conduire à suspendre la règle de concurrence au nom de l'obligation de résultats. » LAURENT SYLVAINE, « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », *Droit Social*, n° 5, mai 2008.

⁴³² Article 5 de la directive et article L. 5213-6 du Code du travail

⁴³³ Selon l'article 5 de la directive CE 2000/78/CE du 27 novembre 2000 et l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.

handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales⁴³⁴» ou « pour permettre à la personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée⁴³⁵». Si, par exemple, l'employeur envisage d'écarter la candidature d'une personne handicapée (dotée des compétences minimales requises), il doit démontrer que l'aménagement du poste au handicap (par ex., l'achat d'un écran spécial pour personne malvoyante, ou veiller à l'accès, notamment par ascenseur, au poste de travail d'une personne à mobilité réduite...) serait disproportionné pour (les comptes de) l'entreprise⁴³⁶. Ainsi, l'aménagement raisonnable suppose une adaptation propre à un candidat et à son handicap particulier. Elle constitue pratiquement une obligation de différencier pour l'employeur⁴³⁷. Il doit en effet tenir compte de la situation différente - des autres candidats - de la personne handicapée. D'un autre côté, les mesures d'action positive sont inscrites, quant à elles, dans une logique de groupe : elles visent à compenser ou prévenir les discriminations à l'encontre de personnes handicapées, dans leur ensemble. Tel est d'ailleurs le sens du quota de 6 % des effectifs imposés aux employeurs.

Section 5 : Les aménagements raisonnables

Remarques préliminaires

La lutte contre les discriminations en raison du handicap s'est révélée un terrain d'élection prometteur pour la mise en œuvre de l'égalité substantielle⁴³⁸. Ainsi, aux termes de l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées : « On entend par « aménagement raisonnable » les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les

⁴³⁴ Selon l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.

⁴³⁵ Selon l'article 5 de la directive CE 2000/78/CE

⁴³⁶ Les textes nationaux comme européens insistent sur le fait que l'employeur doit prendre en compte les éventuelles aides dont il peut bénéficier pour aménager le poste.

⁴³⁷ Que J. Porta nomme « égalité substantielle », v. « Égalité, discrimination, égalité de traitement - À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *RDT* 2011. 354

⁴³⁸ Mentionnée à la page 35, PORTA JÉRÔME « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination. 2^e partie », *Revue de droit du travail*, juin 2011, p. 355.

autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales ». La notion d'«aménagement raisonnable» n'est donc pas circonscrite à un domaine particulier de la vie des personnes en situation de handicap, mais les englobe tous, même si, comme il sera vu ci-dessous, la Convention n'en aborde spécifiquement que quelques-uns. De manière ferme encore, la Convention énonce dans le même article 2 que « La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discriminations, y compris le refus d'aménagement raisonnable ».

Avant la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, la directive 2000/78⁴³⁹ prévoit un ensemble de mesures qui ont en commun d'imposer une prise en considération de la situation spécifique de la personne handicapée. La logique en est claire. Des lors que les personnes handicapées se trouvent dans une situation différente des autres salariés en raison de leur handicap, la directive impose à l'employeur de « tenir compte raisonnablement de cette différence» et d'«identifier et éliminer les obstacles à l'égalité de traitement entre les travailleurs ».

Cette exigence d'aménagement paraît ainsi consubstantielle à la notion même de discrimination indirecte. Selon l'article 2-2 de la directive 2000/78, « une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes (...) d'un handicap donné. » Aussi, la directive ouvre-t-elle la possibilité pour le droit national d'imposer à l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la directive de prendre des mesures « appropriées » afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique.⁴⁴⁰ » C'est spécifiquement l'exigence d'« aménagements raisonnables » qui est visée⁴⁴¹. Ainsi ces aménagements raisonnables sont une garantie de respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées.^{442, 443}

⁴³⁹ Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁴⁴⁰ Article 2 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000.

⁴⁴¹ Article 5 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000.

⁴⁴² Que J. Porta nomme « égalité substantielle », v. « Égalité, discrimination, égalité de traitement - À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2^e partie) », *RDT* 2011. 360

⁴⁴³ Le Sénat français a adopté, le 17 novembre 2008, une résolution proposée par sa commission des affaires sociales exprimant une vive hostilité aux aménagements raisonnables. Selon l'extrait 4 de sa résolution en application de la proposition de directive, les entreprises privées ou les organismes publics, quels que soient leur taille ou leur chiffre d'affaires, qui exercent dans les champs couverts par la directive, devront entreprendre des « aménagements raisonnables » afin de rendre possible l'accès ou le travail des personnes handicapées. Cependant, aucune définition de l'aménagement raisonnable n'est donnée. C'est donc à chaque entreprise et à chaque organisme public concernés qu'il reviendra d'apprécier si les aménagements à entreprendre pour faciliter le travail ou l'accès des personnes handicapées sont

Afin d'étudier l'obligation des aménagements raisonnables, il convient de commencer par une brève présentation de l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées et de l'article 5 de la directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. Ensuite, nous examinerons la notion d'« aménagements ». Aussi, nous aborderons les différents sens que le terme « raisonnable » peut véhiculer, tandis que l'analyse de la législation et de la jurisprudence nous permettra de préciser comment les États membres ont choisi de transposer la réglementation. La jurisprudence des tribunaux américains qui ont également été confrontés à l'interprétation de ce concept sera également prise en considération. Enfin, nous étudierons la possibilité de déroger à l'obligation de créer des aménagements raisonnables, qui est contenue dans l'expression de « charge disproportionnée ».

Il est également utile de noter qu'un certain nombre d'États membres ont totalement omis de transposer l'article 5 de la directive 2000/78 dans leur législation nationale ou l'ont fait de façon incomplète ou confuse. Tel est le cas de l'Italie, où la législation nationale ne fait aucune référence au concept d'« aménagements raisonnables » ou, encore, de la Pologne et de la Slovaquie, où la création d'aménagements raisonnables ne constitue pas une obligation claire et sans équivoque. En revanche, dans les États membres qui ont rendu obligatoire cette disposition, un manquement injustifié à cette obligation est couramment considéré comme une forme de discrimination. Cependant, il n'existe pas d'approche cohérente en ce qui concerne

raisonnables et ne représentent pas une charge disproportionnée. Les auteurs de la proposition de résolution contestent cette manière de lutter contre les discriminations dont sont victimes les personnes handicapées (...). Ils considèrent en effet que le texte laissera aux entreprises la charge d'estimer elles-mêmes ce qu'elles doivent faire pour permettre l'égalité de traitement des personnes handicapées (...). En évitant de poser de telles normes, le législateur communautaire se défausse sur la société civile en jouant sur la culpabilité : chaque organisme doit faire le nécessaire, qui n'est défini nulle part, pour faciliter le travail et l'accès des personnes handicapées. S'il ne le fait pas, il se rend coupable de discrimination envers elles. Ce n'est pas ainsi qu'a procédé la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Celle-ci fixe en effet un certain nombre d'exigences claires qui visent à permettre l'égalité de traitement des personnes handicapées (...). Pour toutes ces raisons, les auteurs de la proposition de résolution s'interrogent sur la conformité de la proposition de directive, sur ce point, au *principe de subsidiarité*. En effet, le concept très flou d'« aménagement raisonnable » traduit bien la gêne du législateur communautaire : comme il ne souhaite pas définir d'obligations trop précises, considérant sans doute que le niveau de ces obligations dépend aussi du niveau de richesse d'un pays, il recourt à une notion vague qui laisse une marge d'appréciation à chaque État membre. Cependant, en procédant ainsi, il place l'ensemble des législations nationales sous l'autorité du juge communautaire, auquel il reviendra en dernier ressort d'apprécier si telle ou telle norme est « raisonnable. » La Communauté européenne ne peut donc agir dans ce domaine qu'au prix d'une forte insécurité juridique. En ce sens, il n'est pas du tout assuré que son action soit plus efficace que celle des États membres et qu'elle soit donc conforme au principe de subsidiarité. SylvaineLaulom, «Égalité de traitement entre les personnes : une directive de trop ?», *Revue de droit du travail*, 2009 p. 8.

la façon dont ce manquement est qualifié. Les législations nationales le considèrent tour à tour comme une discrimination directe⁴⁴⁴, une discrimination indirecte⁴⁴⁵, une forme spécifique de discrimination⁴⁴⁶ ou n'y voient pas de discrimination du tout.⁴⁴⁷

A. L'obligation de créer des aménagements raisonnables par la Convention Internationale relative aux droits des personnes handicapées.

L'article 5.3 de la Convention internationale pour les droits des personnes handicapées relatif à l'égalité et à la non-discrimination précise que « *Afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés* ». Ces « mesures appropriées » consistent en « *modifications et ajustements nécessaires et appropriés*. » Il résulte des termes employés dans différents articles de la Convention qu'il s'agit de mesures efficaces, nécessaires à la réalisation de leur objectif et adaptées à la situation ou aux besoins des personnes intéressées. Elles peuvent être de divers ordres, notamment législatif, administratif, social, judiciaire, mais aussi relever du quotidien de la lutte contre les discriminations. Leur caractère raisonnable ou non dépendra du point de savoir si leur charge se trouve disproportionnée.

En effet, l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées énonce que sont « raisonnables » les modifications et ajustements « n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales ».

Le paragraphe 4 du même article précise, ainsi que nous l'avons relevé auparavant, que « *La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable* ».

La notion d'aménagement raisonnable se retrouve plus d'une fois dans le texte de

⁴⁴⁴ Par exemple, l'article 7 de la loi maltaise sur l'égalité des chances (personnes handicapées), 2000.

⁴⁴⁵ Par exemple, la loi autrichienne sur l'emploi de personnes handicapées, paragraphe 7c.

⁴⁴⁶ Par exemple la section 3A de la loi britannique contre la discrimination des personnes handicapées.

⁴⁴⁷ Par exemple, la loi bulgare sur la protection contre la discrimination

cette Convention. Bien que l'adjectif « raisonnable » n'y est pas utilisé, l'article 13, paragraphe premier, relatif à l'accès à la justice stipule que « *Les États Parties assurent l'accès effectif des personnes handicapées à la justice, sur la base de l'égalité avec les autres, y compris par le biais d'aménagements procéduraux et d'aménagements en fonction de l'âge, afin de faciliter leur participation effective, directe ou indirecte, notamment en tant que témoins, à toutes les procédures judiciaires, y compris au stade de l'enquête et aux autres stades préliminaires* » .

S'agissant de la liberté et de la sécurité des personnes, l'article 14, paragraphe 2, énonce que « *Les États Parties veillent à ce que les personnes handicapées, si elles sont privées de leur liberté à l'issue d'une quelconque procédure, aient droit, sur la base de l'égalité avec les autres, aux garanties prévues par le droit international des droits de l'homme et soient traitées conformément aux buts et principes de la présente Convention, y compris en bénéficiant d'aménagements raisonnables* ».

Aux fins de l'exercice du droit des personnes handicapées à l'éducation, l'article 24, paragraphe 2, prescrit, en ce qui concerne l'accès à l'enseignement primaire et secondaire, que les États Parties « *veillent à ce (...) Il soit procédé à des aménagements raisonnables en fonction des besoins de chacun* » (art. 24, par. 2, point c), et, en ce qui a trait à l'enseignement tertiaire, « *à ce que des aménagements raisonnables soient apportés en faveur des personnes handicapées* ».

En matière de travail et d'emploi encore, les États Parties garantissent et favorisent l'exercice du droit au travail, y compris pour ceux qui ont acquis un handicap en cours d'emploi, en prenant des mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour notamment : « *Faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés aux lieux de travail en faveur des personnes handicapées* » (art. 27, point i).

Dans son étude, Michel Blatman⁴⁴⁸ souligne que le défaut d'aménagement raisonnable pouvant constituer une discrimination, il semble bien qu'il puisse être relevé, dans d'autres matières que l'emploi, selon les mêmes modalités, c'est-à-dire notamment sans être inscrit dans un texte. Pour raisonner par analogie, l'aménagement

⁴⁴⁸ BLATMAN MICHEL, étude « L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseur des droits République française p. 197.

raisonnable aurait un statut semblable à celui de l'« intérêt de l'enfant » proclamé par la Convention relative aux droits de l'enfant, et considéré comme d'effet direct par les deux ordres de juridiction. Il remarque qu'une jurisprudence pourrait donc aussi s'édifier sur le fondement de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

B. L'obligation de créer des aménagements raisonnables visée à l'article 5 de la directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi

L'article 5 de la directive prévoit l'obligation, pour les employeurs, de créer des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées : *« Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées ».*

Le considérant 20 du préambule (non contraignant) de la directive élargit les mesures pouvant être considérées comme des aménagements raisonnables : *« Il convient de prévoir des mesures appropriées, c'est-à-dire des mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap, par exemple en procédant un aménagement des locaux ou à une adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement ».* Le considérant 21 de ce préambule donne également quelques lignes directrices permettant de savoir si des aménagements spécifiques doivent être considérés ou non comme une charge disproportionnée : *« Afin de déterminer si les mesures en question donnent lieu à une charge disproportionnée, il convient de tenir compte notamment des coûts financiers et autres qu'elles impliquent, de la taille et des ressources financières de l'organisation ou de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics ou toute autre aide. »*

On peut considérer que la disposition de *la loi américaine* relative aux personnes handicapées (Americans with Disabilities Act) de 1990 qui impose également une obligation aux employeurs⁴⁴⁹ (et autres entités) concernant les aménagements raisonnables à fournir aux personnes handicapées a directement influencé l'élaboration de l'article 5 de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi⁴⁵⁰. Plus précisément, le terme « aménagements raisonnables », utilisé pour la première fois dans le contexte de la loi américaine de 1973 sur la réadaptation⁴⁵¹ et intégré ultérieurement à celle sur le handicap, a été déterminant pour la terminologie utilisée dans l'article 5.

De nos jours, l'ADAAA, établit pour la première fois une distinction entre le « handicap réel » et « ce qui est considéré comme handicap » et réserve expressément le droit à un aménagement uniquement au « handicap réel. » Mais, ce mouvement méprise le modèle social du handicap et adhère à une hiérarchie de la discrimination qui traite le défaut d'aménagements comme une forme différente - et de degré inférieur - de la discrimination directe.⁴⁵² Elisabeth Emens soutient également que la nouvelle distinction de l'ADAA, en ce qui concerne notamment l'obligation de fournir les aménagements raisonnables, entre les personnes qui sont « handicapées » et celles qui sont « considérées comme handicapées » est une restriction regrettable et décevante de la loi⁴⁵³.

C. Que signifie le terme « aménagement » ?

Les « aménagements » ne sont que l'adaptation de procédures et de processus normaux ou d'une infrastructure déjà implantée. Selon l'article 5 de la directive, les aménagements, quelle que soit leur nature, ont pour but de permettre à une personne handicapée « d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser. » Afin de déterminer les types d'aménagements propres à atteindre cet objectif et, par conséquent,

⁴⁴⁹ 42 USC § 12112(b) (5) (A), section 101(9).

⁴⁵⁰ LAWSON ANNA, WADDINGTON LISA «Handicap et droit européen contre la discrimination », Une analyse du droit européen contre la discrimination, 2010.

⁴⁵¹ Certaines modifications ont été adoptées, qui ont imposé l'obligation de créer des aménagements raisonnables eu égard à la section 504 de la loi sur la réadaptation. Voir 29 C.F.R., § 32.13(a), 1613.704 (1995).

⁴⁵² EMENS ELIZABETH, «Disabling Attitudes : U.S. Disability Law and the ADA Amendments Act», p 205 The American Journal of Comparative Law», volume 60, number 1, winter 2012.

⁴⁵³ DE BURCA GRAINNE, « The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law », The American Journal of Comparative Law», volume 60 number 1, winter 2012. P. 17 et EMENS ELIZABETH, «Disabling Attitudes : U.S. Disability Law and the ADA Amendments Act», p 205 The American Journal of Comparative Law», volume 60, number 1, winter 2012.

lesquels sont nécessaires, il convient de procéder à une analyse individuelle tenant compte de la situation de la personne concernée, ainsi que de l'emploi ou de la formation en question. Il n'est donc pas possible, pour le législateur, de fournir une liste définitive des aménagements appropriés ou requis. En revanche, il peut en donner une définition générale, associée à une liste offrant des exemples d'aménagements adéquats. De nombreux États membres ont choisi d'utiliser la terminologie de la directive dans leur transposition de l'article 5. Certains pays ont toutefois eu recours à d'autres termes.

Au *Royaume-Uni*, le législateur prescrit la création d'« ajustements » raisonnables⁴⁵⁴, la loi *finlandaise* parle de « mesures »⁴⁵⁵, la loi *irlandaise* de 1998-2004 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi⁴⁵⁶ et le code *français* du travail⁴⁵⁷, qui s'inspirent du considérant 20 de la directive, définissent une mesure raisonnable comme une « mesure appropriée », et ce terme apparaît également dans la loi *lituanienne* de 2005⁴⁵⁸ et dans la loi *slovaque* de 2004 sur l'égalité de traitement dans certains domaines et sur la protection contre les discriminations.⁴⁵⁹ L'on considère⁴⁶⁰ cependant que l'utilisation d'un autre terme pour remplacer les « aménagements » n'a pas de valeur juridique et que tous les termes cités ci-dessus ont, grosso modo, la même signification.

D. Que signifie l'expression « aménagement raisonnable » ?

En revanche, la signification du terme « raisonnable » est bien plus complexe et confuse. Il est clair que le terme joue le rôle d'élément modificateur concernant l'obligation de prévoir des « aménagements. » À première vue, l'on pourrait penser que le terme ne peut véhiculer qu'une seule signification : le terme « raisonnable » implique qu'un employeur n'est obligé de prendre des mesures que si celles-ci n'entraînent pas

⁴⁵⁴Loi britannique de 1995 contre la discrimination des personnes handicapées (DDA), telle que modifiée, sections 3A, 4A, 18B, etc. La version originale de cette disposition était en vigueur avant l'adoption de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi.

⁴⁵⁵Loi 21/2004 sur la non-discrimination, section 5.

⁴⁵⁶Loi de 1998-2004 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, section 16.

⁴⁵⁷Code du travail (partie législative), article L. 323-9-1.

⁴⁵⁸Loi sur l'égalité de traitement, article 5.

⁴⁵⁹Loi de 2004 sur l'égalité du traitement dans certains domaines et sur la protection contre les discriminations, paragraphe 7.

⁴⁶⁰LAWSON ANNA, WADDINGTON LISA « Handicap et droit européen contre la discrimination », Une analyse du droit européen contre la discrimination, 2010.

de coûts, de difficultés ni de problèmes excessifs - sinon cette obligation serait « déraisonnable. » Cela serait conforme au sens courant du terme « raisonnable », et plusieurs États membres ont transposé la disposition de cette manière. Cependant, l'analyse de la transposition législative nationale et des débats juridiques menés aux États-Unis sur le sens de ce terme montre que le terme « raisonnable » ou tout autre adjectif choisi pouvait se rapporter à la qualité des aménagements eux-mêmes et impliquer l'obligation de prévoir des aménagements « efficaces. » On distingue par conséquent deux modifications possibles opérées par ce terme sur l'obligation de procéder à des aménagements. Premièrement, le terme modifie la nécessité de créer des aménagements imposés à l'employeur ; deuxièmement, il modifie les caractéristiques des aménagements existants. Ainsi qu'il ressort de l'analyse figurant ci-après, le terme est utilisé (d'une manière propice à la confusion) dans ces deux acceptions.

E. Les aménagements « raisonnables » sont ceux qui n'entraînent ni difficultés ni coûts excessifs pour l'employeur

Certains États membres ont transposé l'article 5 de la directive en utilisant le terme « raisonnable » pour restreindre l'obligation de créer des aménagements imposée aux employeurs. Ces derniers ne sont, par conséquent, tenus de procéder à ces aménagements que s'ils n'entraînent pas de coûts ni d'inconvénients excessifs.⁴⁶¹ Toutes les autres mesures possibles sont implicitement considérées comme « déraisonnables » et, donc, non obligatoires selon la loi nationale.

Cette approche a été, par exemple, adoptée dans la loi *finlandaise* 21/2004⁴⁶², qui oblige les employeurs et les instructeurs à «prendre toutes les mesures raisonnables pour aider une personne handicapée à accéder à son lieu de travail ou de formation, à exercer ses fonctions et à progresser dans sa carrière. » La loi précise la notion de « raisonnable » en observant que, « pour évaluer ce qui constitue le caractère raisonnable du dispositif, il convient d'étudier particulièrement les coûts des mesures, la situation financière de la personne qui donne le travail ou organise la formation et les possibilités

⁴⁶¹ Les juridictions qui ont défini des aménagements « raisonnables » comme étant « efficaces », au sens où ils permettent à une personne handicapée d'effectuer les tâches liées à son emploi, restreignent également l'obligation, pour l'employeur, de créer ces aménagements. Mais cette restriction est généralement créée par la contre-justification portant sur la « charge disproportionnée », plutôt qu'en appliquant, après vérification, le caractère « raisonnable » du dispositif.

⁴⁶² Section 5 - Amélioration de l'accès à l'emploi et de la formation de personnes handicapées.

de financement des coûts encourus par des fonds publics ou d'autres moyens. » Les travaux préliminaires⁴⁶³ qui ont accompagné la loi clarifient également d'une certaine façon la signification du terme « raisonnable » en prévoyant que la taille de l'organisation et sa situation financière seront prises en considération, outre les facteurs mentionnés ci-dessus. De plus, le dispositif peut être considéré comme non raisonnable s'il « modifie dans une trop large mesure les activités qui se déroulent sur le lieu de travail et risque, par exemple, de remettre en question sa conformité avec la législation sur la sécurité au travail. »

En outre, la loi *finlandaise* sur la non-discrimination ainsi que les travaux préliminaires se réfèrent, par conséquent, à trois éléments pour déterminer si les aménagements ont un caractère raisonnable : le coût des aménagements pour l'employeur, la nécessité de modifier (de façon excessive) les activités du lieu de travail et la mise en conformité avec la législation sur la sécurité au travail. Le terme « raisonnable » est donc clairement et exclusivement utilisé pour modifier l'obligation pesant sur les employeurs de procéder à des aménagements.

Il importe à ce propos de noter que l'article 5 de la directive prévoit un deuxième élément modificateur, ou une limitation, de ladite obligation. Les employeurs sont en effet exemptés de cette obligation si celle-ci entraîne une charge disproportionnée. Dans les États membres qui ont choisi de n'exiger que des aménagements « raisonnables » de la part des employeurs, comment ces deux limites agissent-elles l'une sur l'autre? Sont-elles considérées comme deux contre-arguments distincts permettant de justifier le défaut d'aménagements, la première étant plus facile à prouver que la deuxième, ou sont-elles combinées en une même motivation?

La législation *finlandaise* ne fait aucune référence explicite à la notion de « charge disproportionnée », ce qui est inhabituel. Elle s'appuie uniquement sur la notion de « caractère raisonnable » pour restreindre l'obligation. Les employeurs doivent donc prendre des « mesures » pour permettre à une personne handicapée de poursuivre ses activités professionnelles, à moins que cela ne soit déraisonnable, au sens défini dans la disposition de la loi et dans les travaux préliminaires. La vérification du caractère raisonnable du dispositif remplace donc le contre-argument de la charge disproportionnée qui existe dans la plupart des autres juridictions.

⁴⁶³Travaux préliminaires à la loi finlandaise sur la non-discrimination, HE 44/2003 (proposition gouvernementale 44/2003), concernant la section 5.

En revanche, d'autres législations définissent les aménagements « raisonnables » comme un dispositif qui ne doit être ni trop onéreux ni trop contraignant. Elles précisent en outre que ces aménagements ne doivent pas représenter une charge disproportionnée, ce qui permet d'associer les deux notions. Telle est la ligne suivie par la *loi espagnole* 51/2003⁴⁶⁴, qui instaure l'obligation de procéder à des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées en ce qui concerne les télécommunications au sens large, les espaces et les bâtiments publics, les transports, les biens et services disponibles pour le public et les relations avec l'administration. L'article 7 de cette loi définit les aménagements raisonnables comme des « mesures permettant d'adapter l'environnement matériel, social et psychologique aux besoins spécifiques d'une personne handicapée, en améliorant efficacement et concrètement pour elle l'accès aux lieux, services et instances cités ou la participation des personnes concernées à la vie sociale, dans les mêmes conditions que pour les autres citoyens. » La loi 51/2003 ne requiert donc que des aménagements qui n'entraînent pas de charge disproportionnée. De tels aménagements sont par définition des aménagements raisonnables.

La législation *allemande* propose une troisième approche, qui distingue clairement l'exigence du caractère raisonnable et la justification de la charge disproportionnée. Les deux notions servent à limiter les contraintes imposées à l'employeur. Le code social allemand⁴⁶⁵ fait peser un certain nombre de devoirs sur les entreprises qui emploient des personnes lourdement handicapées, tout en posant comme exigence que le droit aux aménagements spécifiques soit exercé de manière raisonnable au regard des intérêts de l'employeur. Le code énumère les droits qu'une personne lourdement handicapée peut faire valoir à l'encontre des employeurs, parmi lesquels le droit d'« être employé d'une façon qui puisse lui permettre d'exploiter et d'améliorer au maximum ses compétences et connaissances », et conclut par l'affirmation suivante: «[...] Un droit [...] est nul et non avenu si sa réalisation constitue un acte déraisonnable au regard de l'employeur, s'il entraîne une charge disproportionnée ou s'il entre en contradiction avec la réglementation sur la sécurité et la santé en milieu professionnel fixée par la loi nationale ou par les associations d'assurance sur la responsabilité de l'employeur, ou avec le règlement applicable aux fonctionnaires. »

⁴⁶⁴ Loi 51/2003 du 2 décembre 2003 sur l'égalité des chances, la non-discrimination et l'accès universel pour personnes handicapées (ci-après « la loi 51/2003 »).

⁴⁶⁵ Code social IX, section 81.

Autrement dit, la loi *allemande* exige en principe que les employeurs prévoient des aménagements⁴⁶⁶, tout en fixant par ailleurs les raisons pouvant justifier un refus de les mettre en place.⁴⁶⁷ Selon le paragraphe 5 de la section 81(4), une personne lourdement handicapée n'est pas en droit d'obtenir les aménagements évoqués dans cette section si l'une (ou plusieurs) des trois conditions suivantes est remplie, c'est-à-dire, si la réalisation de ce droit : n'est pas raisonnable au regard des intérêts de l'employeur; occasionne une charge disproportionnée pour l'employeur; entraîne une violation des règles relatives à la santé et à la sécurité au travail.

Le concept de « caractère raisonnable » est donc encore une fois utilisé pour limiter les mesures exigibles de l'employeur. En outre, et contrairement aux lois *espagnole* et *finlandaise*, le concept est distinct de deux autres contre-arguments opposables à la prescription concernant les aménagements : la charge disproportionnée qu'ils occasionneraient pour l'employeur et la violation des règles locales en matière de santé et de sécurité. Ici, les aménagements peuvent être omis sans que ces deux contre-arguments entrent en ligne de compte, car l'employeur peut passer outre en faisant valoir leur caractère déraisonnable. Cependant, la législation ne fixe pas les critères exacts permettant de déterminer si les aménagements en question revêtent un caractère déraisonnable ou entraînent une charge disproportionnée.

Aucune des juridictions citées ci-dessus n'a analysé le sens du terme « raisonnable » ni ne statue sur le choix entre les deux acceptions possibles présentées en début de section. Le cas s'est en revanche produit aux États-Unis, où l'on dispose d'une expérience bien plus importante de la notion d'« aménagements raisonnables » dans le contexte du handicap. Il est donc intéressant d'examiner l'interprétation de cette notion par le législateur et les tribunaux américains.

La définition de la discrimination contenue dans la loi américaine relative aux personnes handicapées (ADA) inclut le manquement à l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables, à moins que ceux-ci n'entraînent des « difficultés excessives. » Ce dernier terme est préféré à l'expression « charge disproportionnée » utilisée dans la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. La disposition américaine adopte un processus en deux étapes pour déterminer si des aménagements sont requis. La loi ADA comporte en principe l'obligation de créer des aménagements

⁴⁶⁶ Première phrase de la section 81(4) du code social IX.

⁴⁶⁷ Deuxième phrase de la section 81(4) du code social IX.

raisonnables, mais une fois établie la faisabilité de ces aménagements, l'employeur a la possibilité de démontrer que leur mise en place entraînerait des difficultés excessives et que l'obligation, de ce fait, devient sans effet. Cette approche en deux temps permet d'évaluer le caractère « raisonnable » des aménagements séparément de la question des « difficultés excessives. » L'agence fédérale chargée de la mise en application des droits civils sur les plans administratif et juridique en matière d'emploi, c'est-à-dire, la *Commission pour l'égalité des chances en matière de travail* (EEOC), a émis des lignes directrices permettant de savoir comment l'expression « aménagements raisonnables » devait être interprétée. Le dispositif prévu par la loi ADA définit les aménagements raisonnables de la manière suivante⁴⁶⁸ : « i) modifications ou mesures d'adaptation apportées à un processus de demande d'emploi permettant à un candidat qualifié atteint d'un handicap de voir sa candidature prise en considération pour le poste concerné ; ou ii) modifications ou mesures d'adaptation apportées à l'environnement de travail ou à la façon dont cette fonction est habituellement exercée, ou aux conditions correspondantes, permettant à une personne qualifiée mais atteinte d'un handicap d'assurer les principales tâches liées au poste en question ; ou iii) modifications ou mesures d'adaptation permettant à l'employé handicapé d'un employeur couvert par la loi de bénéficier des mêmes avantages et droits que les employés non handicapés occupant les mêmes fonctions ».

Au vu des lignes directrices de l'EEOC, l'on peut affirmer que les aménagements sont raisonnables s'ils permettent à une personne handicapée qualifiée d'atteindre un ou plusieurs des objectifs indiqués ci-dessus. Cependant, cet argument a été rejeté à l'occasion de litiges portés devant les tribunaux supérieurs américains, notamment la Cour suprême, car les tribunaux ont considéré que le terme « raisonnable » modifiait l'obligation de l'employeur, même si cette modification est somme toute assez distincte du contre-argument relatif aux « difficultés excessives. » L'une de ces affaires est l'affaire *Vande Zande*⁴⁶⁹, dans laquelle la plaignante affirmait que le terme « raisonnable » se rapportait aux qualités des aménagements demandés, signifiant simplement qu'ils devaient être « adaptés ou efficaces. » Tout aménagement « adapté au handicap d'une personne » serait donc à considérer comme raisonnable, et son coût n'entrerait en ligne de compte que lors de la vérification portant sur les éventuelles «

⁴⁶⁸ EEOC Title I regulations, 29 CFR § 1630.2(o) (1) et § 1630.9. Disponible sur :

http://www.access.gpo.gov/nara/cfr/waisidx_08/29cfr1630_08.html (accès du 10 avril 2009).

⁴⁶⁹ *Vande Zande/State of Wisconsin Department of Administration*, 7th Circuit 1995, 44 F.3d 538.

difficultés excessives. » Le juge Posner du 7^e Circuit de la Cour suprême a cependant réfuté cet argument, en indiquant : « Procéder à des aménagements justifiés par le handicap, c'est effectuer des changements permettant à la personne handicapée de travailler ».

Une modification inadéquate ou inefficace ne peut nullement être considérée comme un aménagement réalisé en raison du handicap. L'adjectif « raisonnables » peut donc avoir pour fonction de qualifier (au sens de nuancer) le terme « aménagements », exactement comme lorsque l'on exige un « effort raisonnable » au sens d'un effort moins important que le maximum possible, ou lorsque les règles de droit relatives à la négligence exigent des « précautions raisonnables », c'est-à-dire, « un niveau de précautions quelque peu inférieur au maximum qu'on puisse fournir. » Le juge a également souligné que la question des coûts des aménagements n'était pas seulement pertinente pour établir l'existence éventuelle de difficultés excessives, mais qu'elle entraînait aussi en considération lorsqu'il s'agissait de savoir si les aménagements en question étaient ou non raisonnables : « [...] il semble que les coûts entrent à deux reprises en ligne de compte dans l'analyse du droit aux aménagements spécifiques en raison d'un handicap. L'employé doit, tout d'abord, prouver que les aménagements sont raisonnables, aussi bien en termes d'efficacité que de coûts. Même si cette démonstration apparente est faite, l'employeur peut encore prouver qu'à la suite d'une analyse plus poussée, les coûts s'avèrent excessifs, soit par rapport aux avantages apportés par les aménagements, soit par rapport à la survie ou à la santé financières de son entreprise [...] ».

La Cour a donc clairement rejeté l'argument selon lequel les aménagements sont « raisonnables » s'ils sont efficaces et adaptés aux besoins d'une personne handicapée. Elle a plutôt considéré le terme « raisonnable » comme servant à modifier (« au sens de nuancer ») les aménagements eux-mêmes. En posant ce principe, le juge Posner, qui est un juriste de tout premier plan dans le domaine de la relation entre le droit et l'économie, s'est fondé sur les règles de droit relatives à la négligence. Il a affirmé que le terme « raisonnable » signifiait que les coûts liés à la création des aménagements ne devraient pas être disproportionnés par rapport aux avantages apportés.

Par conséquent, même si la création d'aménagements particuliers n'entraîne pas une charge disproportionnée pour l'employeur et s'ils procurent un avantage à la personne handicapée, ils peuvent ne pas être réalisés s'ils présentent un caractère déraisonnable : l'employeur « ne serait pas tenu de dépenser des sommes énormes pour

apporter une amélioration minimale à la vie de son employé handicapé. » Ce principe de proportionnalité a donc été intégré aux analyses permettant d'évaluer le caractère raisonnable ou non des aménagements concernés. Le juge Posner a clairement ressenti la nécessité de procéder à une analyse coûts/bénéfices pour pouvoir évaluer correctement le caractère « raisonnable » ou non de tout aménagement proposé, celui-ci devant être opportun et proportionné aux avantages apportés, mais il n'a pas détaillé la formule à appliquer.^{470, 471}

Si les tribunaux *américains* ont eu l'occasion d'estimer que le terme « raisonnable » devait être utilisé comme qualificatif modifiant les aménagements réalisés et de considérer que ceux-ci devaient répondre aux besoins de chaque personne handicapée, ils ont fermement rejeté cette interprétation ces dernières années. Ainsi, le droit aux aménagements aux *États-Unis* doit donc être raisonnable et ne pas occasionner de « difficultés excessives » pour l'employeur. La jurisprudence suggère qu'il est plus facile d'établir le caractère non raisonnable d'aménagements que de prouver la présence de « difficultés excessives » et que même des aménagements minimes et peu onéreux -comme l'abaissement d'un évier pour Mme Vande Zande, handicapée en fauteuil roulant- peuvent être refusés en raison de leur caractère déraisonnable.

F. Les aménagements « raisonnables » sont ceux qui répondent réellement aux besoins spécifiques d'une personne handicapée

Dans le présent paragraphe, nous nous penchons sur une autre interprétation de ce terme, selon laquelle les aménagements sont considérés comme raisonnables s'ils peuvent réellement permettre à une personne handicapée d'assurer des tâches (liées à

⁴⁷⁰ L'on trouvera une critique de la décision du juge Posner dans l'affaire *Vande Zande* en ceci qu'elle n'analyse sérieusement ni les coûts ni les avantages et ne prend pas suffisamment en considération les traumatismes stigmatisants ni les humiliations vécues quotidiennement par les personnes handicapées, dans C. R. Sunstein, «Cost-Benefit Analysis without Analyzing Costs or Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms », *John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 325*, University of Chicago, et *Public Law and Legal Theory Working Paper No. 149*, University of Chicago. (<http://www.law.uchicago.edu/files/files/325.pdf>). L'ouvrage de M. A. Stein, « The Law and Economics of Disability Accommodations », *Duke Law Review*, vol. 53, 2003, p. 79-191, traite en profondeur de l'utilisation de l'approche «droit et économie» dans une analyse des droits aux aménagements spécifiques.

⁴⁷¹ Également, à cet égard, v. l'arrêt de la Cour suprême américaine dans l'affaire *US Airways, Inc. / Barnett*, 535 U.S. 391 (2002). Dans cette affaire, la Cour suprême a également rejeté l'argument selon lequel les aménagements « raisonnables » devraient être considérés comme des aménagements « efficaces. »

un emploi). Étant donné que le terme « raisonnable » ne se prête pas aisément à une telle interprétation, les législateurs, lorsqu'ils sont favorables à une telle approche, optent généralement pour une autre expression ou donnent à ce terme une définition plus précise. L'un des principaux exemples nous est fourni par les *Pays-Bas*, qui ont choisi de transposer de cette façon l'article 5 de la directive. La loi néerlandaise de 2004 sur l'égalité de traitement des personnes handicapées ou atteintes d'une maladie chronique⁴⁷² contient les dispositions suivantes : « L'interdiction d'appliquer (à ces personnes) une distinction particulière inclut également l'obligation, pour la personne à qui cette interdiction s'adresse, de créer au besoin des aménagements efficaces, à moins qu'un tel dispositif ne représente une charge disproportionnée ». La loi néerlandaise n'exige donc pas d' « aménagements raisonnables », mais prescrit plutôt des « aménagements efficaces ». Selon le gouvernement néerlandais, cette expression semble le mieux rendre l'idée que les aménagements doivent permettre d'atteindre le but poursuivi.⁴⁷³

Cette approche présente également l'avantage de pouvoir effectuer une analyse en deux temps, afin de déterminer si un employeur est obligé de créer de tels aménagements. Il s'agit d'abord d'établir la faisabilité de ces « aménagements efficaces », puis de constater s'ils représentent ou non une « charge disproportionnée. » Bien que le terme « aménagements efficaces » ne soit pas défini dans la loi sur l'égalité de traitement des personnes handicapées ou atteintes d'une maladie chronique, on peut déduire deux questions distinctes : 1) Les aménagements considérés sont-ils appropriés, c'est-à-dire, permettent-ils à une personne handicapée d'effectuer le travail ? 2) Sont-ils nécessaires (autrement dit, constituent-ils une condition préalable à l'exécution du travail) ? Si la réponse à ces deux questions est affirmative, l'on peut poursuivre l'analyse en s'interrogeant sur l'éventuelle « disproportion » de la charge à assumer par l'employeur.

⁴⁷²Article 2, (73), La législation néerlandaise emploie le terme « distinction » à la place de « discrimination » dans toutes ses dispositions anti-discrimination. Une étude plus détaillée sur le raisonnement préalable à l'utilisation de cette terminologie figure dans L. Waddington, «Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for Exercising National Discretion», in A. Lawson et C. Gooding (eds), *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 122-124.

⁴⁷³Gelijkebehandeling op grond van handicap of chronische ziekte, memorie van toelichting, Tweede Kamer 2001/02, 28 169, nr. 3, 25 (Égalité de traitement des personnes handicapées ou atteintes d'une maladie chronique, exposé des motifs, Seconde chambre du Parlement, 2001-2002, 28 169, n° 3, p. 25). également M. Gijzen, «Het nieuwe gelijkebehandelingsrecht voor gehandicapten en chronisch zieken», *Oordelenbundel*, CGB, Utrecht, 2003, point 105.

Le législateur *irlandais* définit également les aménagements raisonnables comme répondant efficacement aux besoins d'une personne handicapée. La loi de 1998-2004 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi⁴⁷⁴ utilise le terme d'« aménagements raisonnables » au sens de « mesures appropriées. » Une mesure est appropriée si elle permet réellement à une personne handicapée d'exercer des activités liées à un emploi. Cette mesure n'est pas requise si elle entraîne une charge disproportionnée pour l'employeur. Cependant, la disproportion de la charge n'enlève rien au caractère approprié de la mesure en question.

En modifiant son code du travail pour le rendre conforme aux dispositions de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, le législateur *français* a choisi de prescrire des « mesures appropriées » plutôt que des « aménagements raisonnables. » L'article L.323-9-1 prévoit donc que « les employeurs prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées » pour permettre à certaines personnes handicapées d'accéder à un emploi, sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées.

La décision des législateurs *français, irlandais et néerlandais* de définir les « aménagements raisonnables » comme des mesures « efficaces » ou « appropriées » permettant de répondre aux besoins des personnes handicapées sur leur lieu de travail peut être accueillie positivement pour la clarté qu'elle apporte à un processus complexe. Ainsi, l'aménagement sera jugé efficace et approprié s'il permet effectivement, au de la d'une simple amélioration limitée, à la personne handicapée d'exécuter son contrat de travail.

Tous les États permettent bien sûr de justifier le défaut d'aménagements raisonnables par la charge disproportionnée ou l'inconvénient équivalent qu'elle représente, mais cette argumentation n'est pas liée à la première étape de l'analyse portant sur la faisabilité théorique d'un aménagement efficace ou approprié.

G. Les aménagements « raisonnables » sont ceux qui n'entraînent pas de difficultés ni de coûts excessifs pour l'employeur et permettent de répondre aux besoins d'une personne handicapée

L'adjectif « raisonnable » est utilisé pour exprimer à la fois l'idée que les aménagements ne doivent pas représenter de difficultés excessives pour l'employeur et

⁴⁷⁴Section 16.

la nécessité de leur efficacité. Il semble utile, à ce stade, de revenir sur l'article 5 de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, car, bien que celle-ci ne fournisse pas de précisions sur le sens du terme « raisonnable », un certain nombre de dispositions suggèrent que l'intention du législateur européen était de laisser entendre que les aménagements concernés devaient permettre à la personne handicapée d'exercer des activités liées à l'emploi, sans entraîner une charge excessive pour l'employeur. L'article dispose que « des aménagements raisonnables sont prévus », en précisant que « l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins existant dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. » Le considérant 20 du préambule à la directive, cité plus haut, donne ensuite des exemples de mesures à prendre.

L'analyse de l'article 5 dans ses différentes parties laisse apparaître que l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables selon la directive signifie que : a) l'employeur devra prendre « des mesures appropriées », b) à moins que cela n'entraîne une charge disproportionnée. On considère qu'il s'agit là d'une formulation maladroite, puisque l'acceptation de l'absence d'aménagements raisonnables (charge disproportionnée) est incluse dans la définition même de l'obligation de procéder à ces aménagements. Toute confusion aurait été évitée si la directive avait clairement formulé les conséquences de ladite obligation et spécifié séparément que les employeurs pouvaient compter sur la justification de la « charge disproportionnée ».

On peut néanmoins conclure du texte de l'article 5, associé au considérant 20, que les « aménagements raisonnables » équivalent à des « mesures appropriées. » Des « mesures » sont dites « appropriées » si elles sont « efficaces et pratiques, destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap », au sens où elles doivent permettre à la personne handicapée « d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser » ou qu'« une formation lui soit dispensée. » On pourrait croire que la notion de caractère « raisonnable » fait principalement référence à l'« efficacité » des aménagements, pour permettre à la personne handicapée d'exercer son emploi. Si ces aménagements peuvent être réalisés, la question se pose de savoir s'ils représentent une « charge disproportionnée. » Si tel est le cas, les aménagements sont par définition « déraisonnables. » Selon cette interprétation de la directive, le terme « raisonnable » est considéré comme modificateur des aménagements eux-mêmes et de l'obligation d'en

créer, en exigeant que la mesure soit « efficace » et qu'elle ne constitue pas une « charge disproportionnée. » Étant donné que la directive a porté la notion d'« aménagements raisonnables » à l'attention d'un grand nombre de législateurs européens en leur « imposant » littéralement ce concept, il n'est pas surprenant de constater que de nombreuses lois nationales de transposition se sont contentées de copier ou de respecter au plus près la lettre de l'article 5. Tel est, par exemple, le cas du code du travail letton⁴⁷⁵, de la loi grecque contre les discriminations⁴⁷⁶ et du décret flamand relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi (*Belgique*).⁴⁷⁷ Ces juridictions ont donc également retenu la double signification du terme « raisonnable ».

De plus, le *Royaume-Uni*, qui jouit de l'expérience la plus longue en Europe sur le concept d'« aménagements raisonnables », semble aussi suivre cette approche. La loi sur la discrimination des personnes handicapées (DDA) de 1995, telle que modifiée, qui fixe l'obligation de prendre des mesures d'adaptation raisonnables (plutôt que de créer des aménagements raisonnables), contient les dispositions suivantes: «18B Mesures d'adaptation raisonnables: dispositions supplémentaires 1) Au moment de déterminer s'il est raisonnable de contraindre une personne à prendre une mesure particulière pour procéder à des adaptations, il convient notamment de connaître les éléments suivants :

- a) dans quelle mesure le dispositif créé remédierait à la situation pour laquelle l'obligation est stipulée ;
- b) dans quelle mesure il est possible d'adopter la mesure requise ;
- c) quels sont les coûts financiers et autres liés à la création du dispositif en question et dans quelle mesure celui-ci perturberait les activités de l'entreprise ;
- d) quelles sont les ressources financières et autres de l'entreprise ;
- e) quelles sont les aides financières ou autres qui pourraient être proposées pour la mise en œuvre du dispositif ;
- f) quelles sont la nature et l'ampleur des activités de l'entreprise ;
- g) s'il s'agit d'un ménage privé, dans quelle mesure peut-on dire que le dispositif:
 - i) perturberait celui-ci ou
 - ii) serait susceptible de déranger une personne résidant dans le même lieu. »

⁴⁷⁵ Article 7(3).

⁴⁷⁶ Article 10, loi 3304/2005 sur l'application du principe de l'égalité de traitement sans distinction d'origine ethnique ou raciale, de convictions religieuses ou autres, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle.

⁴⁷⁷ Article 5.

La section 18B de la loi DDA fournit par conséquent des précisions permettant d'établir si une mesure d'adaptation est raisonnable. Parmi les points indiqués ci-dessus, le premier concerne l'efficacité de la mesure d'adaptation, alors que les autres se réfèrent à la difficulté qu'un employeur peut rencontrer en adoptant cette mesure.

H. La signification de l'expression « charge disproportionnée »

L'existence d'une « charge disproportionnée » sert généralement à délimiter l'obligation de créer des aménagements raisonnables. Cette notion de « charge disproportionnée » est, d'une part, assortie d'autres restrictions, par exemple l'exigence que les aménagements créés soient « raisonnables », et, d'autre part, elle constitue la seule et unique limite à l'obligation de créer des aménagements. Au considérant 21 de son préambule, la directive fait référence à un certain nombre de facteurs à prendre en considération lorsqu'il s'agit de savoir si les aménagements représentent ou non une charge disproportionnée : cela dépend « des coûts financiers et autres qu'ils impliquent, de la taille et des ressources financières de l'organisation ou de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics ou toute autre aide. » De nombreux législateurs nationaux suivent le principe posé dans le considérant 21.

C'est le cas, par exemple, *en Autriche*⁴⁷⁸, *Bulgarie*⁴⁷⁹, *Espagne*⁴⁸⁰, *France*⁴⁸¹, *Irlande*⁴⁸², *Malte*⁴⁸³, *Royaume-Uni*⁴⁸⁴ et *Slovaquie*.⁴⁸⁵ Dans ces pays, le coût des aménagements ou les ressources financières ou économiques de l'employeur sont explicitement cités comme des facteurs à prendre en considération pour déterminer l'existence d'une charge disproportionnée. On peut ainsi exiger davantage, en termes d'aménagements, de la part d'un employeur d'envergure, bénéficiant d'un accès à des ressources financières importantes, que de la part d'une petite structure. De la même façon, *l'Autriche*⁴⁸⁶, *Chypre*⁴⁸⁷, *le Danemark*, *l'Espagne*⁴⁸⁸, *la France*⁴⁸⁹, *l'Irlande*⁴⁹⁰,

⁴⁷⁸ Paragraphe 7c de la loi sur l'emploi de personnes handicapées («capacité économique de l'employeur»).

⁴⁷⁹ La loi sur la protection contre la discrimination, articles 16 et 32 (les coûts sont déraisonnables et constitueraient un « obstacle important » pour l'employeur). Voir également la loi sur l'intégration des personnes handicapées, article 24.

⁴⁸⁰ Article 7c de la loi 51/2003 (« les coûts des mesures »). Article 37.3 bis de la loi 13/1982 du 7 avril 1982 sur l'intégration sociale des personnes handicapées (« coûts financiers et autres impliqués par les mesures, et la taille et le chiffre d'affaires de l'organisation ou de la société »).

⁴⁸¹ Code du travail, article 5213-6, paragraphe 2 (« coûts disproportionnés »).

⁴⁸² Section 16(3) (c)(i), (ii) et (iii) de la loi de 1998-2004 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi (les coûts de la mesure en question et la taille et les ressources financières de l'employeur concerné).

⁴⁸³ La loi de 2000 sur l'égalité des chances (personnes handicapées), article 20, paragraphe 2 (« la nature et le coût des actions concernées; les ressources financières globales de la personne, de l'organisme, de l'autorité ou de l'institution en question »), et article 7, paragraphe 4 a) la nature et les coûts des aménagements; b) les ressources financières globales du lieu de travail concerné par le dispositif; c) le nombre d'employés sur le lieu de travail ayant besoin d'aménagements; d) l'effet sur les dépenses et ressources et l'impact des aménagements requis pour l'exploitation du lieu de travail; e) les ressources financières globales de l'employeur ; f) la taille globale des activités de l'entreprise, notamment le nombre d'employés, et le nombre, le type et l'emplacement de ses lieux de travail ; g) le type d'opérations effectuées par l'employeur, notamment la composition, la structure et les fonctions de la main-d'œuvre).

⁴⁸⁴ Section 18B(1) DDA (coûts financiers et autres frais encourus, ressources financières ou autres de l'employeur).

⁴⁸⁵ Section 7 de la loi de 2004 sur l'égalité du traitement dans certains domaines et sur la protection contre les discriminations (ressources financières de l'employeur).

⁴⁸⁶ Paragraphe 7c de la loi sur l'emploi de personnes handicapées (aides publiques financières disponibles pour les améliorations nécessaires).

⁴⁸⁷ Article 5(1A) de la loi relative aux personnes handicapées N.127(I) 2000, amendée par la loi n° 72(I) de 2007 (la charge n'est pas disproportionnée si elle est suffisamment couverte par des mesures adoptées par l'État en faveur des personnes handicapées).

⁴⁸⁸ Article 7 de la loi 51/2003 (« la possibilité d'obtenir un financement public ou toute autre aide») et article 37.3 bis de la loi 13/1982 [que la charge soit « suffisamment compensée par des mesures ou aides publiques, ou des subventions destinées aux personnes handicapées (sic) »].

⁴⁸⁹ Code du travail, article 5213-6, paragraphe 2 (aides financières disponibles pour l'employeur).

⁴⁹⁰ Section 16(3) (c)(i), (ii) et (iii) de la loi de 1998-2004 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi (possibilité d'obtenir un financement public ou d'autres aides).

*le Luxembourg*⁴⁹¹, *Malte*⁴⁹², *les Pays-Bas*⁴⁹³, *le Portugal*⁴⁹⁴, *le Royaume-Uni*⁴⁹⁵, *la Slovaquie*⁴⁹⁶ *et la Suède* prévoient dans leurs législations que, selon le principe fixé dans le considérant, la disponibilité d'un financement (public) pour couvrir une partie des coûts liés aux aménagements doit également être prise en considération afin d'établir la nature obligatoire ou non de tels aménagements. De ce fait, l'obligation de créer des aménagements varie d'un État membre à l'autre, en fonction du financement public disponible. Outre les éléments visés au considérant 21, de nombreux États membres ont défini d'autres facteurs entrant en jeu afin de juger du caractère obligatoire des aménagements.

En Autriche, pour savoir si la charge est disproportionnée, il convient d'évaluer l'effort nécessaire pour éliminer les conditions désavantageuses, ainsi que le délai qui s'est écoulé entre l'entrée en vigueur de la législation et la discrimination évoquée⁴⁹⁷. Les législations *autrichienne*⁴⁹⁸ et *slovaque*⁴⁹⁹ prévoient en outre que les aménagements ne doivent pas être considérés comme disproportionnés s'ils sont prescrits par des lois spécifiques, telles que la réglementation sur l'accessibilité des bâtiments (publics).

⁴⁹¹ Article 8 de la loi du 12 septembre 2003 (« la charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est suffisamment compensée par les mesures énumérées dans le règlement grand-ducal du 7 octobre 2004. ») Ce règlement prévoit des aides financières pour la création d'ajustements sur les lieux de travail, avec accessibilité, acquisition d'outils de travail et remboursement de frais de déplacement liés au travail).

⁴⁹² Article 20(2) de la loi de 2000 sur l'égalité des chances (personnes handicapées) (« la disponibilité de dons provenant des fonds publics pour couvrir les frais afférents aux actions citées »).

⁴⁹³ Selon l'exposé des motifs de la loi de 2004 sur l'égalité de traitement en matière de handicap ou de maladie chronique, les coûts ne peuvent pas être considérés comme disproportionnés à partir du moment où il existe une compensation financière permettant de les couvrir. Mais cette exception n'a pas été mentionnée explicitement dans la disposition.

⁴⁹⁴ Article 74 du code du travail [la charge n'est pas considérée comme disproportionnée si elle est compensée par l'État dans une législation spéciale (non encore adoptée)].

⁴⁹⁵ DDA, section 18B(1) (disponibilité, pour l'employeur, d'aides financières ou d'une autre assistance).

⁴⁹⁶ Section 7 de la loi de 2004 sur l'égalité du traitement dans certains domaines et sur la protection contre les discriminations (possibilité d'obtenir un financement ou toute autre aide à la mise en œuvre du dispositif).

⁴⁹⁷ Paragraphe 7c de la loi sur l'emploi de personnes handicapées (« l'existence d'une législation correspondante concernant l'accessibilité et le respect réel de ces dispositions ont été pris en considération »).

⁴⁹⁸ Paragraphe 7c de la loi sur l'emploi de personnes handicapées.

⁴⁹⁹ Loi de 2004 sur l'égalité du traitement dans certains domaines et sur la protection contre les discriminations, § 7(3) (« Le dispositif ne doit pas être considéré comme entraînant une charge disproportionnée s'il existe d'autres dispositions distinctes qui le rendent obligatoire pour l'employeur. »)

Les autorités *néerlandaises* ont, quant à elles, noté que la durée du contrat de travail pouvait entrer en ligne de compte pour déterminer d'éventuels aménagements⁵⁰⁰; il est moins probable que les personnes ayant un contrat de travail de courte durée aient le droit d'exiger des aménagements (onéreux ou difficiles à mettre en œuvre) que celles bénéficiant de contrats à durée indéterminée.

La loi *slovaque* exige également que l'éventuelle disproportion de la charge soit évaluée au regard de l'avantage que représenterait, pour la personne handicapée, le fait de disposer d'aménagements appropriés et de la possibilité d'obtenir cet avantage d'une autre manière⁵⁰¹. La *loi espagnole* cite également « les effets discriminatoires pour les personnes handicapées en cas d'absence [d'aménagements] » parmi les éléments à considérer afin d'établir la clause de charge disproportionnée⁵⁰². Ces deux dispositions semblent avoir pour effet de rendre plus probable d'exiger des aménagements onéreux ou difficiles à mettre en place s'ils offrent un avantage significatif à une personne handicapée, par exemple en lui permettant de travailler (ou de continuer à le faire). En revanche, si ces aménagements n'entraînent qu'un avantage mineur, comme un confort légèrement supérieur dans l'environnement de travail, il est possible que les difficultés rencontrées par l'employeur pèsent davantage⁵⁰³. La *loi britannique* contre la discrimination des personnes handicapées évoque également la faisabilité des aménagements comme facteur pertinent⁵⁰⁴.

On peut conclure qu'il existe, en application de la directive, une série de considérations de base, liées aux coûts, qui doivent être prises en considération au moment de déterminer l'éventuelle disproportion de la charge. Certains États membres ont mis au point des critères supplémentaires à prendre en considération. Cependant, la source de ces critères est la loi nationale et non la directive.

I. Les aménagements raisonnables et la discrimination par association

⁵⁰⁰ Rapport néerlandais sur les mesures nécessaires pour combattre les discriminations, directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, rapport national 2006, Rikki Holtmaat.

⁵⁰¹ Loi de 2004 sur l'égalité du traitement dans certains domaines et sur la protection contre les discriminations, section 7.

⁵⁰² Article 7 de la loi 51/2003.

⁵⁰³ Il est cependant à noter que la loi espagnole en question ne concerne pas l'emploi, mais les télécommunications, les espaces et bâtiments publics, les transports, les biens et services disponibles, ainsi que les relations avec l'administration.

⁵⁰⁴ Loi DDA, section 18B(1).

Dans l'affaire *Coleman c. Attridge* (2008 C-303/06), la Cour européenne examine la discrimination par association, c'est-à-dire, l'inégalité de traitement d'une personne en raison de son association avec une personne handicapée. La demandeuse avait été licenciée de son emploi dans un cabinet d'avocats anglais parce qu'elle venait de donner naissance à un bébé handicapé. L'entreprise a invoqué qu'elle n'était pas disposée à procéder à des aménagements de travail, s'ils étaient nécessaires afin de permettre à l'employée de se rendre aux rendez-vous médicaux, etc. Le **droit britannique** devait répondre si la mère travailleuse (non-handicapée) pouvait poursuivre en justice sur la base de la législation des personnes handicapées. L'affaire a été renvoyée à la Cour de justice demandant si « la discrimination par association » relevait du champ de la directive et donc dans la législation britannique la transposant. La CJCE a donné une réponse positive.

Mais, il est important de relever que la Cour n'a pas examiné la question de savoir si la demandeuse, qui n'était pas handicapée, avait droit aux « aménagements raisonnables. » Les défenseurs de Coleman ont décidé de ne pas poursuivre cette ligne de raisonnement. La prédiction implicite est que peut-être la CJCE n'était pas prête à étendre les aménagements raisonnables, parce que des coûts supplémentaires auraient été imposés aux États (ou aux acteurs privés au sein des États). La Cour n'est généralement pas considérée comme un moteur de redistribution (en particulier, puisque les questions de l'aide sociale relèvent en grande partie des compétences des États membres). Pourtant, à un moment donné, un tel cas soulevant cette question est susceptible de se présenter. L'avis de l'Avocat général de l'affaire Coleman aboutissait à la même conclusion que la Cour de justice, mais par une voie détournée de l'application de la théorie du contrat social (théorie Rawlsienne)⁵⁰⁵.

Le texte de la directive de l'Union européenne établit une distinction dangereuse entre la définition de la discrimination et la notion d'aménagement raisonnable. Les juridictions **de l'Union européenne mais aussi des États-Unis** ont estimé que la discrimination par association se trouve dans les lois relatives à la non-discrimination et aucune n'est allée jusqu'à dire que la personne concernée (qui ne présente pas de handicap) peut avoir droit à des aménagements raisonnables⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵Case C-306-06, Opinion of the advocate General Maduro on Jan. 31, 2008

⁵⁰⁶QUINN GERARD, FLYNN EILIONOIR, « Transatlantic Borrowings : The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability », The American Journal of Comparative Law, winter 2012, number 1, p. 43

Inversement, *en France*, l'article 212-4-1-1 prévoit que « les aidants familiaux et les proches de la personne handicapée bénéficient, dans les mêmes conditions, d'aménagements d'horaires individualisés propres à faciliter l'accompagnement de cette personne handicapée ».

Néanmoins, en reconnaissant la discrimination par association, les instances de l'Union et des États-Unis ont considéré que les personnes qui prodiguent des soins ou de l'assistance à des personnes handicapées sont confrontées à un risque particulier de discrimination. Conjugué à la nécessité de promouvoir l'assistance aux personnes handicapées, la reconnaissance de la discrimination par association pourrait aboutir à la reconnaissance au niveau international, européen et, par extension, au niveau du droit national des États membres, à une obligation pour l'employeur de prévoir des aménagements spécifiques pour les personnes ayant à charge des personnes handicapées.

J. Les aménagements raisonnables au service des besoins des personnes handicapées psychiques et mentales

Quels sont les outils de compensation proposés⁵⁰⁷ ? Il est primordial d'axer ses préoccupations sur les conséquences et le retentissement sur le travail. Le handicap est bel et bien ce qui résulte de la maladie, pour une personne donnée, dans un contexte précis. Il faut donc pleinement identifier les répercussions du handicap psychique pour ensuite agir sur l'environnement.

Les répercussions du handicap psychique dans une situation de travail peuvent être somatiques, c'est-à-dire, les tremblements, les impatiences, les sueurs, la fatigue, l'endormissement, la prise de poids, l'appétence, les effets conjugués et exponentiels des traitements et la prise des toxiques, et aussi psychiques, c'est-à-dire, affectant la mémoire, la concentration, la vigilance, la cognition (incapacité à mobiliser un raisonnement efficient).

Ainsi, cette logique amène à écarter d'emblée l'adaptation des locaux et celle de l'aménagement matériel, car la compensation de la maladie réside bien plus dans l'aménagement organisationnel du poste de travail.

⁵⁰⁷ Handicap physique, juin 2011, p. 9, www.oeth.org

L'aménagement commence par une réflexion en termes d'adaptation sur les éléments suivants :

- l'environnement (par exemple l'emplacement du bureau par rapport aux mouvements de circulation, ambiance sonore, relation avec le collectif de travail etc.),
- les rythmes de travail : horaires de travail, répartition dans la semaine, etc.,
- les relations interpersonnelles (qui donne les consignes ? qui vérifie ? sous quelle forme les informations sont-elles transmises ?)
- la formalisation des comportements et attitudes attendus
- la définition d'une fonction précise, avec les tâches à réaliser, les étapes à respecter, etc.
- Envisager la possibilité pour le salarié de travailler chez lui (télétravail), lorsque les contraintes règlementaires de l'entreprise sont trop pesantes ou que le handicap empêche le salarié de se rendre dans l'entreprise.

Il est également possible de désigner un tuteur permanent qui sera acteur de la médiation et du lien, interlocuteur privilégié de la personne et du collectif de travail. Son rôle est très important en tant que soutien auprès du salarié et en tant qu'interface avec l'entreprise.

Une autre source d'inégalité est en rapport avec la nature des déficiences. Jusqu'à présent, les aménagements de l'environnement réalisés en vertu de l'ADA ont essentiellement concerné les déficiences motrices et visuelles, beaucoup moins les déficiences intellectuelles et mentales, ce qui pourrait également constituer une forme de discrimination collective à l'encontre du groupe constitué des personnes atteintes de troubles mentaux⁵⁰⁸

K. Remarques de conclusion sur les aménagements raisonnables

Les actions positives et les aménagements raisonnables constituent alors des instruments de lutte contre les discriminations, qui ne reposent plus uniquement sur l'édiction d'une prohibition. Elles sont légitimes à condition de poursuivre une finalité

⁵⁰⁸ JAHIEL RENE, « Évaluation de l'American with disabilities Act », Revue française des Affaires sociales, n° 4, octobre - décembre, 2008, 62^e année.

d'égalisation par le droit. Dans ces conditions, elles se distinguent d'une autre exception à l'interdiction de recourir aux critères discriminatoires : l'exigence essentielle et déterminante (article L.1133-1 du Code du travail français). Cette dernière est une justification de recours à un critère discriminatoire, non pas au nom de la lutte contre la discrimination, mais en raison de l'essence même de la mesure envisagée.

Section 6 : Justification des différences de traitement fondées sur le handicap

Remarques préliminaires

La discrimination, notion objective⁵⁰⁹, permet d'interroger largement les situations de fait. La méthode est inductive. Mais, des règles, des décisions, des pratiques qui ont un effet apparemment discriminatoire peuvent être justifiées. Or, la justification n'est pas seulement un moment du processus probatoire de la discrimination. Elle participe de sa définition, vu qu'elle intervient dans la définition de la discrimination indirecte, tout comme en matière de charge de la preuve. Au surplus, les directives renvoient la même preuve d'une justification à la charge de l'employeur. Ensuite, de la définition du périmètre de la notion, dépend l'effectivité de la notion elle-même.

Ce périmètre dépend, quant à lui, des catégories de justifications qui seront acceptées par le juge, de l'équilibre qui sera trouvé entre principe de non-discrimination et exigences de l'emploi et plus largement du marché.

Ces justifications qui sont nécessairement appréciées dans un contexte donné impliquent une clarification du processus de décision de l'employeur, la recherche du caractère légitime et proportionné de la différenciation opérée. Il est aisé de comprendre que l'efficacité de la lutte contre les discriminations passe aussi par la recherche d'un équilibre entre principe de non-discrimination et différenciations acceptables⁵¹⁰.

A. La directive et la jurisprudence européenne

L'adoption de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et

⁵⁰⁹V. dans le secteur « **La preuve de la discrimination et le recours à la comparaison.**

«

⁵¹⁰LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE « Le principe de non-discrimination », Droit Ouvrier, mai 2001, p.186.

de travail, par les législations des États membres, a rapidement suscité des interrogations sur le point de savoir si le dispositif de lutte contre les discriminations (article 1 et 2, paragraphe 1, de la directive) ne serait pas « affaibli » du fait notamment de l'introduction de dérogations générales au principe de non-discrimination. Il s'agit notamment des dispositions de l'article 2, paragraphe 2, point bi), qui prévoit qu'une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que : cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

Il s'agit aussi des dispositions de l'article 4, paragraphe 1, qui précise que les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1 ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. L'exception tirée des exigences professionnelles essentielles et déterminantes est une exception générale pour toutes les causes de discrimination. L'article 4 de la directive du 29 juin 2000 est rédigé dans les mêmes termes. En outre, l'objectif doit être légitime et proportionné.

Cette exception au principe devra être appréciée de manière restrictive. Suivant leurs modèles culturels, des États membres pourront l'apprécier de manière sensiblement différente⁵¹¹. Le juge devra se montrer vigilant et recourir à une analyse objective du caractère justifié et proportionné de chaque dérogation.

La Cour de justice des Communautés européennes⁵¹² opère un contrôle « très restrictif » consistant à vérifier le caractère objectif de la justification avancée, la

⁵¹¹ MINE MICHEL, « Discriminations : une transposition laborieuse », *Revue de droit du Travail*, septembre 2008, p. 532.

⁵¹² Devenue la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) depuis l'adoption du Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne du 13 décembre 2007.

légitimité de l'objectif poursuivi par l'employeur et le caractère nécessaire et proportionné (article 2 paragraphe 2, b, i de la directive 2000/78/CE) des moyens mis en œuvre⁵¹³. La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, lorsqu'elle est saisie d'une allégation de discrimination, vérifie, une fois qu'elle est établie, si elle peut être objectivement et raisonnablement justifiée, étant précisé que, selon la CEDH, « la justification objective et raisonnable est celle qui poursuit un but légitime dans une société démocratique et qui respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé [...] »⁵¹⁴.

Par ailleurs, les éléments de la définition de « l'exigence professionnelle essentielle et déterminante répondant à un objectif légitime et proportionné » méritent chacun d'être examinés.

S'agissant de l'expression « condition essentielle », il reviendra à l'employeur de prouver la pertinence de l'exclusion pour l'emploi en question et le lien avec l'emploi. Il doit s'agir d'une nécessité opérationnelle. Ensuite, la preuve de la « condition déterminante » doit être faite emploi par emploi et non pas par métier et encore moins par secteur d'activité. Le fait d'établir la pertinence de l'exigence professionnelle essentielle pour un emploi ne permettra pas de l'établir pour un autre emploi si les deux emplois sont liés ou interchangeables.

Sous le vocable « légitime », il s'agira de vérifier l'objectif avancé par l'employeur, étranger à toute discrimination. Ce critère, extrêmement proche du précédent, a pour raison de forcer le juge national à aller rechercher les mobiles réels de l'employeur. La justification économique se trouve systématiquement acceptée puisque, par hypothèse, dans le cadre de la compétitivité économique dans l'Union européenne, le développement économique est un objectif premier et donc légitime. En Grande-Bretagne, pays dans lequel le contrôle judiciaire des justifications est ancien, on dénonce la trop facile admission des arguments économiques, très liée à

⁵¹³M.-A Moreau, « Les justifications des discriminations », Dr. soc. 2002. 1112 ; v. également, O. de Frouville, « Le principe de non-discrimination recouvre-t-il une réalité identique devant les Cours du continent américain et celles du continent européen notamment au regard du principe d'égalité », Actes du colloque *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, F. Sudre et H. Surrél (dir.), Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2008, p. 227 s.

⁵¹⁴H. Surrél, « L'appréciation contingente des justifications », in *Le Droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre et H. Surrél (dir.), Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2008, p. 119 s.

l'environnement économique libéral, voir ultralibéral, et la confiance qu'ont les juges dans la régulation marchande des rapports de travail.⁵¹⁵

Enfin, au regard de l'exigence de proportionnalité, l'employeur devra prouver qu'il ne peut organiser son activité différemment ou que la modification nécessaire a un coût déraisonnable. Ainsi, ce contrôle du caractère proportionné des moyens mis en œuvre par l'employeur permet au juge d'évaluer leur adéquation avec l'objectif poursuivi. C'est-à-dire que l'exigence créée par ce contrôle de proportionnalité permet un contrôle des choix patronaux sur le terrain des résultats atteints. L'équilibrage entre les intérêts en cause est une technique générale du droit de l'union européenne qui oblige le juge à aller rechercher si l'objectif ne pouvait pas être atteint par des moyens différents qui ne portent pas atteinte aux droits des personnes.⁵¹⁶

L'on pourrait noter ⁵¹⁷ ici que l'effort de justification de la mesure est important et que cette dérogation à l'interdiction des discriminations ne devrait pouvoir être que rarement invoquée. Le préambule de la directive ne les admet que dans « des circonstances très limitées » et prévoit également que ces circonstances doivent être mentionnées dans les informations fournies par les États membres à la Commission. Il ne semble pourtant pas que cette obligation ait été remplie en l'espèce.

En outre, une acception très large des justifications rend la poursuite de l'objectif de lutte contre toutes les formes de discriminations plus insaisissable, mais certains ne la trouveront-ils pas plus cohérente avec la construction économique du marché européen ? Marie-Ange Moreau s'interroge si l'on peut considérer qu'il existe une cohérence entre les objectifs présentés par le droit communautaire et, ensuite, si les objectifs contenus dans les directives, en préambule des textes, pourraient être source de référence aux justifications de discriminations. Elle souligne qu'ils sont particulièrement ambigus, comme le révèlent les textes : les objectifs économiques sont toujours proclamés, tout comme les objectifs sociaux de progrès social et de lutte contre les discriminations.

Si la lutte contre les discriminations demeure l'objectif majeur, sont aussi visés, dans les préambules des directives, les objectifs liés à la politique de l'emploi, à

⁵¹⁵R. TOWNSHEND-SMITH, « Economic defense to equal pay claims », dans MOREAU MARIE-ANGE, « Les justifications des discriminations », Droit social, 2002. p.1112 .

⁵¹⁶X. PHILIPPE, « Le contrôle de la proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative », Economica 1990 ; MOREAU MARIE-ANGE, « Les justifications des discriminations », Droit social, 2002, p. 1112.

⁵¹⁷ SYLVAIN LAULOM « L'interdiction de discrimination fondée sur l'âge », Semaine Sociale Lamy, Supplément 26 avril 2011, n° 1489, p. 9.

l'insertion sociale des groupes défavorisés, mais aussi à la promotion d'une main-d'œuvre qualifiée, formée, susceptible de s'adapter. La directive du 27 novembre 2000 énonce en outre des objectifs qui ne sont pas réellement traduits dans les textes : ainsi est-il affirmé que les lignes directrices pour l'emploi en 2000, approuvées par le Conseil européen de Helsinki les 10 et 11 décembre 1999, soulignent la nécessité de promouvoir un marché du travail favorable à l'insertion sociale en formulant un ensemble cohérent de politiques destiné à lutter contre la discrimination à l'égard des groupes tels que les personnes handicapées⁵¹⁸. Cet objectif d'insertion sociale des groupes défavorisés, qui est affirmé, justifie les programmes d'actions positives.

Il semble bien d'ailleurs, que la contrepartie de l'acception très large des justifications pour les travailleurs handicapés ou âgés consiste dans les possibilités ouvertes aux États membres de mettre en place des actions positives pour les personnes handicapées et aussi de l'obligation des aménagements raisonnables des employeurs.

La reconnaissance d'une telle obligation de moyens dans le droit européen trouve un ancrage sur le plan du contrôle de la qualité des justifications, puisque l'exigence de l'employeur pourrait être considérée comme disproportionnée s'il n'a pas mis en œuvre tous les moyens utiles pour trouver un arrangement, afin de respecter l'objectif général de recherche d'intégration sociale. De même, dans le cadre du contrôle du caractère nécessaire de la justification, on pourrait aussi, si cet objectif d'insertion devient prioritaire, considérer qu'une exigence professionnelle ne sera jamais nécessaire si un arrangement raisonnable ne peut être trouvé.

Ces qualités que doivent présenter les justifications sont donc des standards de référence qui lient le juge national dans son appréciation des justifications. Ainsi, l'analyse de ces qualificatifs montre que le cadre de référence est fixé par le droit de l'Union européenne mais qu'il est laissé à l'appréciation du juge national.

Le droit français a, quant à lui, développé les conditions de la justification acceptable du traitement différent.

B. Les dispositions du Code français du travail sur la justification de la discrimination

⁵¹⁸Elles soulignent également la nécessité d'accorder une attention particulière à l'aide aux travailleurs âgés pour qu'ils participent davantage à la vie professionnelle.

La loi française du 27 mai 2008⁵¹⁹, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, a introduit la possibilité de justifier des mesures discriminatoires. Le législateur français a pris ainsi soin de qualifier de « différences de traitement autorisées » les distinctions opérées :

- en fonction de l'âge, si les différences de traitement sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime notamment le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs (L. 1133-2 Code du travail)
- en fonction de l'inaptitude constatée par le médecin du travail, en raison de l'état de santé ou du handicap, si les différences sont objectives, nécessaires et appropriées (L. 1133-3 du Code du travail).
- en fonction du sexe, si elles sont temporaires, et visent à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes (L.1142-4 du Code du travail).

Ainsi, dans le cadre des justifications spécifiques, qui sont prévues dans le code du travail, les différences de traitement à cause du handicap ne constituent pas une discrimination à condition toutefois que les différences de traitement se fondent sur des éléments objectifs, nécessaires et appropriés.

Cette disposition implique évidemment que la justification ne soit pas subjective, donc ne soit pas liée à la personne elle-même, en d'autres termes, dès que la justification invoquée par l'employeur est susceptible de se rapporter à une caractéristique de l'individu, elle risque de devenir discriminatoire, particulièrement dans le domaine des discriminations indirectes où le groupe identifié est toujours un groupe qualifié, le plus souvent statiquement, même s'il doit seulement être identifiable. L'exigence d'un critère objectif a pour intérêt d'éviter les appréciations judiciaires différentes. Bien évidemment cette exigence renvoie aux raisons « économiques objectivement justifiées » tirées de l'état du marché du travail ou de la situation économique de crise sur un marché.⁵²⁰

⁵¹⁹La loi 2008-496 du 27 mai 2008, vise d'abord, comme son titre l'indique, à transposer dans le droit français certaines dispositions de trois directives communautaires : la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000, la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, et enfin la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002.

⁵²⁰MOREAU MARIE-ANGE, « Les justifications des discriminations », Droit social, 2002, p.1112 s.

Le contrôle du caractère nécessaire de la mesure permet de vérifier la réalité de cette dernière et d'éviter que des justifications qui reposent sur des modèles stéréotypés de comportement ne soient mis en œuvre dans les entreprises. Cela empêchera l'employeur d'invoquer indument des considérations commerciales face à des salariés qui se sentent concernés par une mesure d'exclusion fondée sur le handicap.

En outre, concernant le fait que la différence doit être appropriée, le contrôle strict de l'exigence d'un lien de causalité directe entre la justification et l'objectif légitime invoqué par l'employeur s'avère extrêmement important, notamment dans toutes les situations dans lesquelles est établie une présomption de discrimination fondée sur le handicap, p.ex., les nécessités de sécurité dans l'entreprise justifient-elles qu'un salarié handicapé ne bénéficie pas d'une promotion ?, etc.

Outre les justifications spécifiques ci-dessus, le Code du travail prévoit un concept général de justification pour tous les motifs. Ainsi, la porte de la justification s'entrouvre, lorsque les mesures répondent à « une exigence professionnelle essentielle et déterminante, répondant à un objectif légitime et proportionné » (L. 1133-1 code du travail).⁵²¹ Cette justification s'appliquerait tant aux discriminations directes qu'aux discriminations indirectes⁵²². La loi grecque 3304/2005 sur la lutte contre la discrimination prévoit aussi à l'article 5 (à propos des motifs d'origine et du sexe) et à l'article 9.1 (à propos des motifs du handicap, de l'âge, des convictions religieuses, etc.) la condition de l'« exigence professionnelle essentielle et déterminante, répondant à un objectif légitime et proportionné » afin de justifier un traitement différent.

Ainsi, la loi française du 27 mai 2008 (tout comme la loi grecque 3304/2005) ne prévoit nullement une liste énumérant des situations dans lesquelles des mesures discriminatoires seraient justifiées ou une liste d'emplois pour lesquels l'exigence professionnelle essentielle peut être excipée, contrairement au droit anglais⁵²³. Il

⁵²¹ Karima Saïd signifie que la rédaction de cet article (L. 1133-1 du Code du travail) n'est pas en tant que telle novatrice, puisqu'elle reprend les dispositions des différentes directives que la loi vise à transposer. Dispositions de l'article 6 de la directive du 23 Sept. 2002, article 4 de la Directive du 29 juin 2000 et article 4.1 de la directive du 27 nov. 2000. KARIMA SAÏD, « Les justifications des mesures discriminatoires : un contrôle limite des juges du fond ? », *Revue de Droit du Travail*, juin 2012, p. 364.

⁵²² En effet, l'article L. 1133-1 ne limite pas la justification aux seules discriminations indirectes contrairement à ce qui a pu être affirmé (*Semaine sociale Lamy* du 28 janvier 2008, n° 1338, p. 4-5. En visant les « dispositions » de l'article L. 1132-1 du Code du travail, les discriminations directes et indirectes semblent concernées.

⁵²³ « Sex discrimination Act » en date du 12 novembre 1975 ; « Race Relations Act » en date du 22 novembre 1976 ; « Disability Discrimination Act » du 7 avril 2005. KARIMA SAÏD, « Les justifications des mesures discriminatoires : un contrôle limite des juges du fond ? », *Revue de Droit du Travail* juin 2012, p 364,

semble donc qu'il appartiendra aux juges de préciser ce qu'il conviendra d'entendre par « exigence professionnelle essentielle et déterminante », « objectif légitime » et « exigence proportionnée », ce qui peut être perçu, selon quelques auteurs⁵²⁴, comme une source d'insécurité juridique.

Aussi, Louis Schweitzer, président de la Halde, a indiqué lors de son audition devant le Sénat que « la conception restrictive des exigences professionnelles essentielles pouvait aboutir à des situations difficiles à gérer, des considérations parfaitement justifiables risquant ainsi de se trouver en marge du droit.⁵²⁵ » Et Marie-Ange Moreau avait affirmé dès 2002, que « la reconnaissance des discriminations est [...] fortement relative. Son efficacité dépend de la ténacité du juge [...]. Le droit des discriminations est devenu un droit d'adjectifs éminemment relatif.⁵²⁶ »

Selon Philippe Langlois, on doit prendre en compte que tandis que le texte français s'adresse aux entreprises, tel n'était vraisemblablement pas la fonction de la directive 2000/78/CE dont les prescriptions sont destinées aux États qui sont ainsi autorisés à prévoir au cas par cas des dérogations au principe de non discrimination.

Par conséquent, reprenant les dispositions de la directive, l'article L. 1133 du Code du travail, le législateur ne pouvait qu'autoriser les employeurs, seuls destinataires possibles de cette loi, à pratiquer des distinctions sans qu'il soit possible de déterminer véritablement l'étendue de leur pouvoir. L'utilisation récurrente de la condition « exigence professionnelle essentielle et déterminante, répondant à un objectif légitime et proportionné » et le caractère assez général de l'encadrement des dérogations autorisent, en effet, toutes les interprétations. Ce qui conduit Philippe Langlois à se demander si ce texte est compatible avec le droit communautaire et le principe général de non-discrimination posé par la CJCE le 22 novembre 2005.⁵²⁷

Cependant, dans l'hypothèse que la loi établit une liste restrictive des situations pour lesquelles la justification de discrimination serait acceptable, excluant ainsi toutes les autres situations, l'inconvénient important est que cette loi ne permet pas au juge d'examiner chaque situation dans sa spécificité.

⁵²⁴KARIMA SAÏD, « Les justifications des mesures discriminatoires : un contrôle limite des juges du fond ? », Revue de Droit du Travail, juin 2012, p. 364, et BERTHOU KATELL, « Différences de traitement esquisses des exigences professionnelles essentielles après la loi du 27 mai 2008 » Droit Social avril 2009 p. 410.

⁵²⁵LOUIS SCHWEITZER, 23 mars 2008

⁵²⁶MOREAU MARIE-ANGE, « Les justifications des discriminations », Droit social, 2002, p. 1112.

⁵²⁷PHILIPPE LANGLOIS, « Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge », Droit Social, n° 2, Février 2006, p. 155.

En outre, laissant la conception de ce qui peut être déterminant et essentiel à l'appréciation du juge, elle est soumise à l'évolution des idées et de la société. Cela renvoie au caractère évolutif du droit, qui est particulièrement nécessaire dans l'évaluation des discriminations.

Le juge national aura à arbitrer et à établir un équilibre entre les impératifs économiques portés par les exigences de compétitivité et, plus généralement, sur les valeurs marchandes, et la protection des droits des personnes. Lorsque, par exemple, l'employeur invoquera les charges que suppose l'emploi d'un travailleur handicapé, le juge devra apprécier, à partir du caractère raisonnable et proportionné, la ligne de partage entre l'intérêt de l'entreprise et la protection des personnes handicapées.

Dans le cadre de son Rapport annuel pour 2008 « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation »⁵²⁸, la Cour de cassation de France, indique qu'il « [...] reviendra au juge, en présence de l'allégation d'une discrimination, de déterminer si la mesure litigieuse est ou non discriminatoire, si elle peut constituer une exigence professionnelle et déterminante par rapport à la légitimité de l'objectif et à l'exigence de proportionnalité. » Ainsi, selon la Cour de cassation, les juges du fond, saisis de l'allégation d'une mesure discriminatoire, doivent donc procéder à un « contrôle lourd » et c'est d'ailleurs un contrôle similaire qui est également effectué par la Cour de justice des Communautés européennes ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme. Le juge sera ainsi conduit à exercer un contrôle, « non seulement d'objectivité et de pertinence de la mesure, mais également de proportionnalité. » Autrement dit, le contrôle de l'existence d'une mesure discriminatoire doit s'opérer, selon la Cour de cassation, comme suit :

- Établir l'existence d'une discrimination, à savoir une différence de traitement fondée sur un des critères visés à l'article L. 1132-1⁵²⁹ du Code du travail.
- Vérifier si la mesure discriminatoire établie peut constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante⁵³⁰, c'est-à-dire, vérifier que le poste exige, pour être exercé conformément aux attentes de

⁵²⁸Rapp. C. Cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Doc. fr., p. 110.

⁵²⁹L'article L. 1132-1 du Code du travail pose le principe de non-discrimination.

⁵³⁰Il s'agit notamment des dispositions de l'article L. 1133-1 du Code du travail qui prévoient qu'une mesure discriminatoire au sens des dispositions de l'article L. 1132-1 peut-être justifiée (et, donc, être licite) si elle répond à une « exigence professionnelle essentielle et déterminante » et à un « objectif légitime et proportionné. »

l'employeur, que la mesure discriminatoire soit mobilisée. Pour cela, un double contrôle s'impose:

- contrôle de la légitimité de l'objectif poursuivi par la mise en œuvre de la mesure discriminatoire ;
- contrôle de la proportionnalité de la mesure discriminatoire avec l'objectif poursuivi : vérifier si l'objectif poursuivi peut-être atteint autrement que par la mise en œuvre d'une mesure discriminatoire.

Si la mesure discriminatoire est établie et qu'elle ne peut pas constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante, elle sera considérée comme étant illicite et donc nulle conformément aux dispositions de l'article L. 1132-4 du Code du travail. En revanche, tel ne sera pas le cas si la mesure discriminatoire, bien qu'établie, constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Dans ce cas, elle sera validée car licite du fait de sa finalité⁵³¹.

Remarques de conclusion sur la justification

La question la plus actuelle est plutôt de savoir si, à l'avenir, le juge national conservera une totale liberté d'appréciation des justifications ou non. La question est évidemment cruciale car, en acceptant la justification du comportement ou de l'acte de l'employeur, le juge devra arbitrer entre les valeurs qui sous-tendent la protection de la personne et les valeurs portées par le marché, qui sont le plus souvent au centre des justifications de l'employeur. L'admission d'une justification permet en quelque sorte un « rachat de la discrimination »⁵³².

En outre, le rôle du facteur justificatif se trouve au cœur de l'évolution du droit européen sur la charge de la preuve. La preuve repose évidemment sur les justifications que présente l'employeur. Les États membres doivent aligner leur système de preuves sur les principes fixés dans les différentes directives du droit européen relatives aux discriminations.⁵³³

⁵³¹ SAÏD KARIMA « La justification des mesures discriminatoires : un contrôle limité des juges du fond ? » Revue de droit du travail, 2012, p. 364.

⁵³² P. RODIÈRE, « Droit social de l'Union européenne » LGDJ, 2002, n° 267, MOREAU MARIE-ANGE, « Les justifications des discriminations », Droit social, n° 12, décembre 2002, p. 1112.

⁵³³ MOREAU MARIE-ANGE, « Les justifications des discriminations », Droit social, n° 12, décembre 2002, p. 1112.

Section 7: Questions soulevées par le régime de protection contre la discrimination fondée sur le handicap

A. Logique identitaire et culture du handicap

La revendication identitaire des personnes handicapées, à la fois comme individu appartenant à un groupe donné présentant son mode de vie, son langage, sa singularité et comme groupe social affirmant un droit de reconnaissance légitime à être comme les autres, est de l'ordre de la communication paradoxale. En effet, il y a dans cette revendication identitaire une impossibilité à affirmer, d'une part, sa singularité qui débouche bien souvent sur une marginalisation accrue, et, d'autre part, à vouloir être « comme les autres. »

D'une part, le fondement universaliste du droit public en France signifie que tous les individus possèdent les mêmes droits et sont soumis aux mêmes obligations : ils bénéficient d'un véritable droit à l'indifférence (Koubi G., 1993). Ensuite, en inventant « le handicap », la société a créé un sujet porteur de l'universalité du handicap, c'est-à-dire, un sujet porteur de la différence irréductible (Crespi F., 1983) qui, du même coup, en devient le fondement identitaire. En outre, l'attitude de la personne handicapée sera d'abord, paradoxalement, d'affirmer son mimétisme social, avant de clamer sa différence. Il semblerait que toutes les populations stigmatisées tendraient à rechercher d'abord un repli identitaire collectif avant de pouvoir affirmer leur singularité.⁵³⁴

Cependant, pour la majorité de la population, l'assimilation totale à la norme est seule supportable, l'altérité est niée ou minorée, quand c'est possible, pour sauver ce qui peut l'être dans sa relation à l'autre et à l'environnement social. S'il est vrai que la dynamique de la construction identitaire de chacun s'élabore autant dans ce qui le différencie que dans ce qui fait qu'il ressemble aux autres, pour la personne handicapée cette dialectique d'une identité individuelle à l'appropriation d'une identité collective est l'objet de remises en question permanentes.

⁵³⁴ (Marcellini A., Lefebvre N., De Leséleuc E. et Bui-Xuân G., 2000).

La difficulté de se reconnaître dans un groupe d'appartenance avec qui l'on partage valeurs et croyances est omniprésente comme inversement l'acceptation, l'intégration à partir d'un constat de non-conformité. Avec le handicap, tout constat de différence est un constat en miroir. Si autrui est différent de moi, je suis différent de lui, mais si cette différence paraît inacceptable, intolérable à un point tel qu'elle estompe tout sentiment d'appartenance, elle devient une menace contre mon intégrité.⁵³⁵

Partagées entre le droit à l'indifférence (alors que le handicap ne laisse jamais indifférent) et le droit à la différence, les personnes handicapées voudraient bien se fondre dans une foule métisse où elles passeraient inaperçues, tout en se sentant « impropres » au métissage car elles demandent surtout à être reconnues pour ce qu'elles sont. Cette demande différencialiste ne pouvant revendiquer une « compensation », elle exige une « correction » ; ne sachant prétendre à une « adaptation » de type territoriale, elle opte pour une « recognition. »⁵³⁶

B. La conception de la diversité et le handicap

La conception de la diversité est venue des États-Unis. Cette conception s'est concentrée sur les bénéfices pour la société des contributions riches culturelles de ceux qui ont des identités différentes. Néanmoins, il est évident que cette vision positive de la diversité exclut en grande partie le handicap parce que le handicap est rarement compris comme un état positif ou une identité associée à des avantages sociaux ou culturels pour ses porteurs ou ceux qui les entourent.

Elisabeth Emens attire l'attention sur le fait que le handicap, à la différence de nombreux autres domaines de discrimination, est remarquablement absent du discours et du programme de la diversité positive⁵³⁷. Il y a parfois une réticence générale à concentrer les efforts d'action positive sur autre chose que la race, mais même là où les

⁵³⁵ BUI-XUAN GILLES, COMPTE ROY, MIKULOVIC JACQUES, « La culture du handicap peut-elle être une culture du métissage », <http://corpsetculture.revues.org/839>

⁵³⁶ (Bui-Xuân O., 2003) Olivia Bui-Xuân, dans sa thèse de doctorat en droit intitulée *Le Droit public français entre univers (...)*

⁵³⁷ DE BURCA GRAINNE, « The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law », *The American Journal of Comparative Law*, volume 60, number 1, Winter 2012, p. 17 ; EMENS ELIZABETH, «Disabling Attitudes: U.S. Disability Law and the ADA Amendments Act», p. 205, *The American Journal of Comparative Law*, volume 60, number 1, Winter 2012.

initiatives de diversité vont plus loin que la race, ils ne concernent généralement pas le handicap.

En outre, Lennard Davis a récemment affirmé que l'ère de la normalité est terminée et que la diversité est la nouvelle norme, sauf en cas du handicap. Il dit que le handicap ne fait pas partie de notre nouvelle célébration culturelle de la diversité, que le handicap est le domaine où nous continuons d'être accrochés à un modèle médical et à la différence dénigrante.

C. L'hétérogénéité des populations handicapées

Depuis la Révolution française, l'égalité en France est constitutionnelle et s'inscrit dans un vaste combat pour l'universalisme, la règle de droit devant s'appliquer à tous, sans distinction. Cette idée de l'individu ayant les mêmes droits et les mêmes devoirs conduit au droit à l'indifférence, dans une société qui devrait favoriser le métissage grâce à l'indifférenciation des sujets de droit. Cette tradition républicaine marque une volonté d'homogénéiser, d'uniformiser. Mais dans la réalité, cela ne se passe pas ainsi, car l'égalité de fait ne se réalise. Plus précisément en englobant sous le vocable de handicap tout ce qui relevait jusqu'alors de l'infirmité, de la débilité, de la folie, voire, de la pauvreté, la société a cherché à gommer la différence de nature du handicap qui pouvait exister.

Ainsi, à l'instar du social, on arrive, en ce qui concerne les populations handicapées, à un relatif échec de l'universalisme, car, comme nous l'avons dit, en premier lieu, la culture du handicap lie le droit à la différence et le droit à l'indifférence en une même revendication et, ensuite, car le handicap est une notion générique qui peut regrouper des populations très hétérogènes.

D'ailleurs, une personne handicapée est bien souvent doublement handicapée, à cause de ses capacités réduites de travail et des déficiences sociales associées. Elle a généralement un bas niveau de formation initiale et de qualification, aussi elle a une faible capacité d'insertion immédiate dans l'emploi. À ceci s'ajoute, parfois, une dévalorisation de soi et un enfermement dans une logique d'exclusion, voire, de marginalisation.

Par conséquent, les personnes handicapées sont souvent victimes de discrimination à cause de plusieurs motifs et non pas seulement à cause de leur handicap.

L'on ne peut, à cet égard, qu'être d'accord avec J. Cook, médecin anthropologue, pour qui « la manière la plus constructive de favoriser la réadaptation des personnes handicapées serait de transformer les significations attachées au handicap et aux interactions sociales avec ces personnes.⁵³⁸ » En outre, il ne peut y avoir de droit des personnes handicapées à bénéficier de la solidarité nationale sans acceptation d'un droit à la différence. Le respect de la diversité et la transformation de la déficience en différence constituent les conditions préalables d'une politique moderne d'intégration sociale.

Par conséquent, le droit ne devrait pas servir à enfermer les bénéficiaires dans un statut juridique dérogatoire chargé de compenser (faute de pouvoir les effacer) les différences. Ne poser le problème de l'insertion des handicapés qu'en termes de réponse « à une légitime attente, celle du droit à la compensation du handicap » revient à les exclure un peu plus du monde du travail. Or, l'intégration sociale des personnes passe par leur reconnaissance, non pas de ce qu'elles devraient être, mais de ce qu'elles sont, autrement dit, par l'acceptation des différences.

Un tel constat implique, plus largement, de repenser les concepts d'égalité, de discrimination et d'insertion et, ce, afin d'éviter, pour reprendre les termes d'Alain Touraine, que nous ne devenions une « société de ségrégation.⁵³⁹ » De la même manière, les approches médicale et juridique ne devraient pas être confondues : on ne peut créer des catégories juridiques qui s'appuient sur la seule déficience et la diminution des capacités professionnelles qu'elle entraîne.⁵⁴⁰ La situation de handicap dépend à la fois de facteurs individuels, de facteurs sociaux et environnementaux, ce que ne permet pas d'appréhender l'approche catégorielle retenue par le droit social français.

L'intégration des personnes handicapées doit être considérée comme un problème d'intérêt général pour l'ensemble de la société, ce qui suppose avant tout un changement profond d'attitude et une meilleure compréhension du handicap. La déficience n'est pas la seule cause d'exclusion et de discrimination. La représentation sociale du handicap repose largement sur des préjugés, voire, des stéréotypes de telle sorte qu'une barrière comportementale se crée et entrave la participation des personnes handicapées à la vie en société. Vincent Assante considère de ce fait qu'au handicap

⁵³⁸ J. COOK « Le handicap est culture », *Prévenir*, n° 39, 2^e semestre 2000, pp. 61 à 70, p 68.

⁵³⁹ ALAIN TOURRAINE, « Face à l'exclusion », *Esprit*, février 1991.

⁵⁴⁰ Comme, par exemple, le fait l'article L. 323-6 du Code du travail français.

initial s'ajoute une situation de handicap⁵⁴¹. La non-discrimination ne se décrète pas, la modification des comportements ne s'opère ni automatiquement, ni spontanément.

Conclusion

Ainsi, une politique européenne d'égalité des chances pour les personnes handicapées implique de mener des actions concrètes de sensibilisation au droit des personnes handicapées à la protection contre la discrimination. Parmi les objectifs de la politique européenne⁵⁴², figurent l'amélioration de la communication à propos du handicap et la promotion d'une représentation positive des personnes handicapées, la sensibilisation à l'hétérogénéité des formes de handicap et aux discriminations multiples auxquelles les personnes handicapées sont exposées ou encore le renforcement de la coopération entre toutes les parties concernées en vue de favoriser l'échange d'expériences concernant les bonnes pratiques permettant l'égalité des chances des personnes handicapées.

Enfin, il est remarquable et très essentiel que la convention internationale de l'ONU du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées⁵⁴³ qui a été ratifiée récemment par l'Union européenne, en reconnaissant l'existence d'une diversité au sein de la population des personnes handicapées, ne se borne pas d'exprimer à son préambule la préoccupation des États signataires quant aux difficultés que rencontrent les personnes handicapées qui sont exposées à des formes multiples ou aggravées de discrimination. Au-delà de ce règlement non contraignant, le texte international en question, introduit également l'interdiction formelle des discriminations multiples à l'égard des femmes et des enfants handicapés, aux articles 6 et 7, respectivement. En outre, en son article 16, il prévoit que les États parties à la Convention prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer aux personnes handicapées des formes spéciales d'assistance adaptées au sexe et à l'âge.

En conséquence, l'apport majeur que pourrait introduire le régime de protection des personnes handicapées contre la discrimination semble être l'acceptation de la l'hétérogénéité des populations des catégories différents fixées par la loi et la

⁵⁴¹VINCENT ASSANTE, « Situation de handicap et cadre de vie », rapport 2000/10 adopté par le Conseil économique et social le 13 septembre 2000, 149 p.

⁵⁴²Considérant 12 de la décision 2001/903/CE du Conseil de l'Union européenne du 3 décembre 2001 relative à l'Année européenne des personnes handicapées 2003, JO L.335, 19 décembre 2001, p. 15.

⁵⁴³V. Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, EE L 23/37/27.1.2010.

sensibilisation concrète et progressive sur la protection contre les discriminations multiples.

Par ailleurs, la question qui se pose est celle d'examiner comment l'on pourrait obliger l'employeur de prendre en compte la spécificité individuelle de chaque personne et de rechercher des solutions alternatives afin d'éviter les mesures discriminatoires. Il s'agit également de savoir comment le juge pourrait dépasser les limites catégorielles de la loi afin d'évaluer la situation spécifique de chaque personne face à la discrimination multiple.

Pourrait-on chercher la solution dans le concept individualisé des aménagements raisonnables qui oblige de tenir compte des aménagements nécessaires à chaque personne, dans la lutte contre les discriminations fondées sur des motifs interdits autres que le handicap ? Pourrait-on généraliser ce concept afin d'englober toutes les catégories des personnes vulnérables, y compris les personnes confrontées aux discriminations multiples ?

Chapitre II : L'état de santé constitue-t-il un motif de discrimination interdit ?

Introduction

Au-delà de la notion de « handicap », on se demande si la maladie et l'incapacité, sont en mesure de justifier un licenciement ou elles constituent causes de discrimination. Il ne semble pas que le législateur européen ait le souhait de les inclure parmi les raisons interdites de discrimination. En conséquence, la plupart des États membres suivent le paradigme européen dans leurs législations internes.

Néanmoins, quand la Cour de justice précise que la notion de handicap recouvre une limitation résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle⁵⁴⁴, elle nous indique que le handicap implique directement une altération de l'état de santé du travailleur. C'est pourquoi, même si la santé n'est pas en soi un critère discriminatoire au niveau européen, il n'en demeure pas moins que cet élément peut constituer une discrimination appréciée dans le cadre du handicap.

⁵⁴⁴CJCE, 11 juillet 2006, Chacon Navas RJS

Section 1 : Le régime juridique européen et international de la protection contre la discrimination fondée sur l'état de santé

A. La directive européenne et son interprétation par la Cour de Justice de l'Union européenne en ce qui concerne le motif de l'état de santé

Même si plusieurs dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne portent sur l'interdiction des discriminations entre travailleurs, aucune n'évoque expressément l'état de santé de la personne. Pour autant, cet élément n'est pas indifférent aux normes européennes intéressant les discriminations. Palliant les silences du traité et de la directive de novembre 2000, la Cour de justice a en effet directement rattaché la situation de handicap à l'état de santé de la personne.

On a déjà vu que dans une décision du 11 juillet 2006⁵⁴⁵, la Cour de justice a été sollicitée pour déterminer qui devait être considéré comme handicapé au sens de la directive. Dans sa réponse, la CJCE développe une définition du handicap aux fins de la directive et affirme qu'il n'est pas possible d'ajouter la maladie à la liste des motifs de discrimination relevant déjà de son champ d'application. Ainsi, dans cette affaire la Cour relève que la directive a été conçue pour lutter contre la discrimination en matière d'emploi et, dans ce contexte, elle définit le handicap comme « une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle » (point 43). Pour être considérée comme un « handicap », toute entrave doit être « de longue durée » (point 45). La Cour estime, par ailleurs, qu'il convient d'établir une distinction, au regard de la directive, entre « handicap » et « maladie » (point 44) et que le texte « ne comporte aucune indication laissant entendre que les travailleurs sont protégés au titre de l'interdiction de discrimination fondée sur le handicap dès qu'une maladie quelconque se manifeste » (point 46). La Cour qualifie en outre sa définition du handicap d'« autonome et uniforme » (points 40 et 42). Elle affirme également que la maladie ne peut être ajoutée à la liste des motifs de discrimination établie, dans la mesure où elle n'est pas explicitement mentionnée dans la directive ni dans le traité CE (points 55-57).

⁵⁴⁵ Affaire C-13/05, *Chacon Navas/Eurest Colectividades SA*, Recueil 2006, p. I-6467. Pour des commentaires complémentaires relatifs à cette affaire, voir: L. Waddington, «Case C-13/05, *Chacon Navas/Eurest Colectividades SA*, Judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006», *Common Market Law Review*, vol. 44, 2007, p. 487-499.

Il est clair que cette définition du handicap donné par la CJCE dans le cadre de l'affaire *Chacon Navas* repose sur un modèle médical ou individuel. Selon cette définition, le désavantage (ou la « limitation ») s'explique par l'« entrave » qu'une personne subit, et c'est cette « entrave » qui fait obstacle à sa participation au monde du travail. Dans cette définition, le problème est donc lié à la personne et non à la réaction de la société face à son handicap, ni à l'organisation de la société. Mais, l'on a déjà vu que les principales institutions européennes, notamment le Parlement, le Conseil⁵⁴⁶ et la Commission⁵⁴⁷, ont toutes reconnu la nécessité de fonder la politique sur le modèle social du handicap et s'y sont engagées. La directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi est en quelque sorte une expression de cette approche.

D'autre part, l'arrêt *Chacon Navas* est quelque peu ambigu en ce qui concerne le statut accordé aux personnes atteintes de maladies (longues ou chroniques). Au point 46 de son arrêt, la Cour constate : « La directive 2000/78/CE ne comporte aucune indication laissant entendre que les travailleurs sont protégés au titre de l'interdiction de discrimination fondée sur le handicap dès qu'une maladie quelconque se manifeste ». L'approche adoptée par la Cour soulève un certain nombre de questions. Pour certains types de « maladies », il est évident dès les premiers stades que la pathologie aura des effets prolongés. L'arrêt ne dresse aucune distinction entre les états pathologiques qui sont, par définition, de longue durée et connus pour tels dès le diagnostic (états qui pourraient être couverts par la directive si l'on procédait à une redéfinition des types de handicap), les maladies susceptibles d'évoluer en pathologies de longue durée (qui pourraient être redéfinies comme handicaps une fois établi leur caractère prolongé) et les maladies dont la durée n'est jamais longue (et qui seraient systématiquement exclues du champ d'application de la directive).

Étant donné ce qui précède, il résulte que la différence entre maladie et handicap n'est pas aussi tranchée que le suggère l'arrêt de la CJCE. Anna Lawson et Lisa Waddington⁵⁴⁸ estiment qu'une maladie de longue durée (une maladie chronique) entraînant une réduction des capacités fonctionnelles devrait être considérée comme un

⁵⁴⁶ Par exemple, la résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil du 20 décembre 1996 concernant l'égalité des chances pour les personnes handicapées, JO C 12 du 13.1.1997, p. 1.

⁵⁴⁷ Par exemple, la communication de la Commission sur l'égalité des chances pour les personnes handicapées du 30 juillet 1996, COM(96) 406 final, et, plus récemment, celle intitulée « Égalité des chances pour les personnes handicapées: un plan d'action européen », COM(2003) 650 final, p. 4.

⁵⁴⁸ LAWSON ANNA, WADDINGTON LISA « Handicap et droit européen contre la discrimination », Une analyse du droit européen contre la discrimination, 2010.

handicap au sens de la directive. En fait, il semble possible que la Cour se soit ménagé une marge de manœuvre pour pouvoir en venir à cette conclusion par la suite. La formulation très étudiée pour laquelle elle a opté, qui exclut « une personne qui a été licenciée par son employeur exclusivement pour cause de maladie » (point 47), pourrait en effet lui permettre d'estimer qu'un traitement indigne infligé en réaction à une maladie responsable d'une réduction de capacités durable ou permanente, laquelle ferait obstacle à l'activité professionnelle, serait bien condamnable au regard de la directive, ce comportement n'étant pas justifié « uniquement » par la maladie.

En outre, dans les affaires C-335/11 et C-337/11 Ring et Skouboe Werge,⁵⁴⁹ la Cour a aussi distingué entre maladie et handicap. Elle précise, tout d'abord, que la notion de « handicap » doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, et si cette limitation est de longue durée. La Cour relève que, contrairement à ce que font valoir les employeurs dans ces deux affaires, la notion de « handicap » n'implique pas nécessairement l'exclusion totale du travail ou de la vie professionnelle. En outre, le constat de l'existence d'un handicap ne dépend pas de la nature des mesures d'aménagement que doit prendre l'employeur, telles que l'utilisation d'équipements spéciaux. Il appartiendra à la juridiction nationale d'apprécier si, en l'espèce, les travailleuses étaient des personnes handicapées.

La Cour rappelle, ensuite, que la directive impose à l'employeur de prendre les mesures d'aménagement appropriées et raisonnables, notamment, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser. La Cour relève que la réduction du temps de travail, même si elle ne relevait pas de la notion de « rythmes de travail », explicitement évoquée par la directive, peut être considérée comme une mesure d'aménagement appropriée dans des cas où cette réduction permet au travailleur de pouvoir continuer à exercer son emploi. Il incombe cependant au juge national d'apprécier si, en l'espèce, la réduction du temps de travail en tant que mesure d'aménagement représente une charge disproportionnée pour les employeurs. La Cour

⁵⁴⁹ Cour de justice de l'Union européenne Communiqué de presse n° 42/13 Luxembourg, le 11 avril 2013 affaires C-335/11 et C-337/11 Ring et Skouboe Werge

constate, également, que la directive s'oppose à une disposition nationale selon laquelle un employeur peut mettre fin au contrat de travail avec un préavis réduit si le travailleur handicapé a été absent pour cause de maladie avec maintien de sa rémunération pendant 120 jours au cours des douze derniers mois, lorsque ces absences sont la conséquence de l'omission, par l'employeur, de l'adoption de mesures d'aménagement appropriées et raisonnables, afin de permettre à la personne handicapée de travailler.

Enfin, la Cour se prononce sur la question de savoir si la disposition nationale concernant le préavis réduit est susceptible d'entraîner une discrimination à l'encontre des personnes handicapées. La Cour relève que la disposition nationale s'applique de manière identique aux personnes handicapées et aux personnes non handicapées ayant été absentes pour cause de maladie plus de 120 jours. Il ne saurait donc être considéré que cette disposition instaure une différence de traitement directement fondée sur le handicap. Mais la Cour constate qu'un travailleur handicapé est plus exposé au risque de se voir appliquer le délai de préavis réduit qu'un travailleur valide, car il est exposé au risque supplémentaire d'une maladie liée à son handicap. Il apparaît donc que cette disposition est susceptible de désavantager les travailleurs handicapés et ainsi, d'entraîner une différence de traitement indirectement fondée sur le handicap. La Cour répond que la directive s'oppose à une telle disposition nationale sauf si cette disposition, tout en poursuivant un objectif légitime, n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif, ce qu'il appartient à la juridiction nationale d'apprécier. À cet égard, en tenant compte de la marge d'appréciation reconnue aux États membres en matière de politique sociale et de l'emploi, il incombe au juge national d'examiner si le législateur danois, en poursuivant les objectifs légitimes de la promotion de l'embauche des personnes malades, d'une part, et d'un équilibre raisonnable entre les intérêts opposés de l'employé et de l'employeur en ce qui concerne les absences pour cause de maladie, d'autre part, a omis de tenir compte des éléments pertinents qui concernent, en particulier, les travailleurs handicapés.

En outre, il convient de noter que dans l'affaire *Mohamed Daoudi contre Bootes Plus DL et autres*⁵⁵⁰ soumise à la CJUE, l'Avocat général Yves Bot a conclu le 26 mai 2016 que « *Eu égard à la conception fonctionnelle que la Cour a retenue de la notion de « handicap », la cause de celui-ci est indifférente. Nous en déduisons qu'une situation d'incapacité de travail résultant d'une blessure causée par un accident de*

⁵⁵⁰ Affaire C-39/15

travail est susceptible, si elle remplit les conditions contenues dans la définition adoptée par la Cour, de relever de la notion de « handicap », au sens de la directive 2000/78 » (point 44). En d'autres termes, est-il expliqué, s'il paraît établi à l'auteur de ces conclusions que le requérant « subit une limitation résultant de sa blessure au coude et que cette limitation, en interaction avec d'autres barrières, fait obstacle à sa pleine et effective participation à la vie professionnelle dans les mêmes conditions que les autres travailleurs », il incombe à la juridiction nationale de « vérifier le caractère durable d'une telle limitation ».

Michel Blatman⁵⁵¹, en référant à l'affaire susmentionnée, souligne qu'il est envisageable de voir que la distinction actuelle entre personnes déclarées inaptes à l'emploi et personnes en situation de handicap s'atténuer à l'avenir compte tenu de l'évolution de la notion de « handicap » sous l'effet de sa définition par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.

B. La Convention européenne des droits de l'homme et son interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'état de santé : L'interdiction de la discrimination fondée sur le SIDA/VIH comme discrimination fondée sur l'état de santé

Ainsi que nous l'avons mentionné, l'article n° 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) intitulé « Interdiction de discrimination », proclame le respect des droits de la Convention sans considération (notamment) « sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. » L'article 14 prohibe les discriminations dans les droits protégés par la Convention. Il ne peut être invoqué seul. Il n'est donc invoqué utilement qu'en complément d'un autre article. Il est complété par le protocole additionnel n° 12, signé par 37 États⁵⁵² membres du Conseil de l'Europe et ratifié par

⁵⁵¹ BLATMAN MICHEL, étude « L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseure des droits République française, p. 197.

⁵⁵² Sur les 47 États contractants de la Convention, 18 États ont signé et ratifié le protocole n°12: Albanie, Andorre, Arménie, Bosnie-Herzégovine, Chypre, Croatie, Espagne, Finlande, Géorgie, Luxembourg, Macédoine, Monténégro, Pays-Bas, Roumanie, Saint-Marin, Serbie, Slovaquie, Ukraine. Par la suite, 19 sur les 47 États contractants de la Convention ont signé, mais pas ratifié le protocole n°13 Q Allemagne, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Estonie, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Moldavie, Norvège, Portugal, République tchèque, Russie, Slovaquie, Turquie.

18 États membres du Conseil de l'Europe, qui prohibe toute discrimination, même en dehors des droits protégés par la Convention.

Bien que la santé ne figure pas expressément dans la liste des caractéristiques protégées par la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme l'a incluse dans son interprétation « des autres situations » visées à l'article 14 de la Convention.

Dans l'affaire *Kivutin c. Russie*, 10 mars 2011, où le requérant se vit refuser un permis de séjour, car sa délivrance aux étrangers séropositifs est interdite par le droit russe, la Cour européenne des droits de l'homme admet que la protection de la santé publique est un but légitime, toutefois elle considère que le gouvernement n'a pas pu montrer comment ce but pouvait être atteint par l'exclusion du requérant en raison de son état de santé. La Cour conclut donc « qu'un tel refus discriminatoire de permis de séjour, en l'absence d'évaluation judiciaire individualisée et uniquement sur le fondement de l'état de santé ne peut pas être compatible avec la protection contre la discrimination prévue dans l'article 14 de la Convention. » La violation de l'article 14 combinée avec l'article 3 de la Convention est prononcée à l'unanimité.

Aussi, dans l'affaire *I.B. c. Grèce* (requête n° 552/10)⁵⁵³, concernant le licenciement d'un employé séropositif sous la pression d'autres employés de l'entreprise, la Cour européenne des droits de l'homme a dit, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) combiné avec l'article 14 (interdit de la discrimination) de la Convention européenne des droits de l'homme.

Plus précisément, la Cour des droits de l'homme considère que la Cour de cassation en Grèce n'a pas suffisamment expliqué en quoi les intérêts de l'employeur l'emportaient sur ceux du requérant et n'a pas suffisamment mis en balance les droits des deux parties. Ainsi la Cour des droits de l'homme a conclu que le requérant avait été victime d'une discrimination fondée sur son état de santé, au mépris de l'article 8 combiné avec l'article 14, reconnaissant clairement la santé comme motif interdit de discrimination.

Cependant, lorsque l'Union européenne sera elle-même partie à la Convention européenne des droits de l'homme, elle et ses institutions devront adopter cette

⁵⁵³CEDH 283(2013) 3-10-2013

approche globale dans l'interprétation de l'article 14 de la Convention, incluant la santé dans les motifs interdits de la discrimination.

C. L'OIT interdit la discrimination fondée sur l'absence temporaire en raison d'une maladie

Le principe de non-discrimination fondée sur l'état de santé ne se retrouve ni dans la Convention de 1947⁵⁵⁴ qui aborde cependant le problème d'une manière beaucoup plus large, « toute discrimination entre les travailleurs fondée sur la race, la couleur, le sexe, la croyance, l'appartenance à un groupement traditionnel ou l'affiliation syndicale », ni dans la Convention n° 111 et la recommandation n° 111 concernant « la discrimination en matière d'emploi et de profession. » Néanmoins, il est important de relever que, selon la Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) du 22 juin 1982, « l'absence temporaire du travail en raison d'une maladie ou d'un accident ne devra pas constituer une raison valable de licenciement.⁵⁵⁵ »

Section 2 : L'absence de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'état de santé dans les législations nationales au sein de l'Union européenne

En ce qui concerne le niveau national, la plupart des législations nationales adoptant textuellement les directives européennes n'incluent pas l'état de santé aux motifs de discrimination interdits. Ainsi, la question qui se pose dans la jurisprudence nationale est surtout celle de savoir si les travailleurs disposent d'une protection reposant sur l'interdiction de discrimination fondée sur le handicap dès qu'une maladie quelconque se manifeste et si, à ce titre, le handicap permet une interprétation susceptible d'expansion et d'inclure la maladie. Cependant, cette lacune de la législation nationale, dans la plupart des situations, résulte en le refus des tribunaux de constater la discrimination.

Ainsi, *en Grèce* où la loi 3304/2005, qui était en vigueur jusqu'à l'année 2016 interdisait la discrimination en raison du handicap mais non en raison de l'état de santé, les tribunaux nationaux n'admettaient pas qu'elle constitue une discrimination interdite selon la jurisprudence européenne et, dans la plupart des affaires, elles n'examinaient aucunement l'existence de discrimination. Par exemple, dans l'affaire 402/2014, la

⁵⁵⁴ Article 18 de la Convention n° 82 révisée en 1962 (n° 117).

⁵⁵⁵ Article 6.1, publié par décret N 90-140 du 9 février 1990, D 1990.143

Cour de Cassation grecque a statué qu'un salarié, ayant un contrat de durée indéterminée, était légitimement licencié pendant son congé de maladie. Dans cette affaire, la Cour de Cassation a jugé qu'il n'y a pas de violation de l'article 281 du Code civil qui interdit l'abus de droit, mais, ensuite, la Cour n'a rien dit en ce qui concerne l'interdiction de la discrimination ! En outre, dans l'affaire I.B. c Grèce, Requête no 552/10⁵⁵⁶, l'on a vu déjà que la Cour européenne des droits de l'homme a statué que l'État défendeur, « la Grèce, a violé l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention quand la Cour de Cassation grecque a cassé l'arrêt de la cour d'appel et a dit que le licenciement d'un salarié séropositif était pleinement justifié par les intérêts de l'employeur, dans le bon sens du terme [intérêts], en ce qu'il a été décidé afin de rétablir le calme au sein de l'entreprise ainsi que son bon fonctionnement (...)».

La nouvelle loi 4443/2016 prévoit que les maladies chroniques constituent un motif de discrimination interdit. La maladie chronique est une affection **qui persiste dans le temps**. Cependant, comme précité, selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, la longue durée de la maladie ne constitue qu'une des composantes du handicap. Les deux autres sont les diverses barrières et l'obstacle qu'elle peut dresser à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs⁵⁵⁷. Ainsi, sans en avoir l'intention (parce cela ne ressort pas clairement des travaux préparatoires de la loi), la législation grecque étend la protection de la loi aux cas où il existe seulement la composante de la longue durée de la maladie et non les diverses barrières et obstacles que cette maladie peut dresser à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle.

Il est aussi remarquable que le texte de justification de la loi 4443/2016 indique que les maladies chroniques doivent être incurables, c'est-à-dire, qu'il n'existe pas de traitement connu les concernant. Néanmoins, la jurisprudence ne prévoit pas cette exigence. D'ailleurs, selon le modèle social du handicap, les composantes telles que la durée ou le traitement de la maladie ne devraient pas jouer un rôle majeur.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ Cour européenne des droits de l'homme, Requête n° 552/103-1-2014

⁵⁵⁷ Dans les affaires C-335/11 et C-337/11, HK Danmark, agissant pour Jette Ring, contre Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11), et HK Danmark, agissant pour Lone Skouboe Werge, contre Dansk Arbejdsgiverforening agissant pour Pro Display A/S, en faillite (C-337/11)

⁵⁵⁸ GOULAS DIMITRIS ET KOFINIS STERGIOS « La nouvelle loi 4443/2016 sur l'interdiction de discrimination, une première approche interprétative et critique », Revue : Inspection du droit du travail, Volume 75, Numéro 11, année 2016

En Allemagne, la liste des discriminations interdites, visée à l'alinéa 1 de l'AGG, inclut l'origine ethnique ou race, le sexe, la religion, voire, les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle mais elle n'inclut pas la santé. Même aux **Pays-Bas**, la législation nationale ne prévoit pas la santé comme motif de discrimination interdit.⁵⁵⁹

Au Danemark, les motifs interdits par le droit civil sont l'âge, l'orientation sexuelle, le handicap, la religion et la croyance. D'autre part, le droit pénal couvre le traitement discriminatoire en ce qui concerne l'accès aux lieux et services publics, en dehors du marché du travail, en raison de la race, de la couleur, de l'origine nationale ou ethnique, de la croyance religieuse ou de l'orientation sexuelle, mais pas en raison de l'âge ou du handicap. Ainsi, ni le droit civil, ni le droit pénal ne prévoient la santé comme motif interdit de discrimination⁵⁶⁰.

La Lituanie, elle aussi, est partie à un certain nombre d'accords internationaux garantissant la protection contre la discrimination fondée sur divers motifs mais non sur la santé⁵⁶¹.

En Espagne, l'article 14 de la Constitution pose le principe général de l'interdiction de toute discrimination : « *Les Espagnols sont égaux devant la loi, ils ne peuvent faire l'objet d'aucune discrimination pour des raisons de naissance, de race, de sexe, de religion, d'opinion ou pour n'importe quelle autre raison ou circonstance personnelle ou sociale.* » De plus, l'article 4-2-c de la loi portant statut des salariés énonce le droit de ces derniers à ne pas subir de discrimination, ni lors du recrutement, ni ultérieurement, pour des raisons liées au sexe, à l'état civil, à l'âge, à la race, au statut social, aux croyances religieuses, aux idées politiques, à l'appartenance syndicale ou à la langue. La loi interdit également toute discrimination fondée sur un handicap physique, mental ou sensoriel, dans la mesure où l'intéressé est en mesure d'occuper le poste à pourvoir.⁵⁶² Ainsi, ni la Constitution ni la loi ne prévoient explicitement la santé parmi les motifs interdits de discrimination.

Cependant, comme nous l'avons déjà indiqué, l'Union européenne elle-même est partie à la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁶³, ainsi l'Union européenne,

⁵⁵⁹<http://www.government.nl/issues/discrimination/prohibition-of-discrimination>

⁵⁶⁰<http://www.non-discrimination.net/content/main-legislation-17>

⁵⁶¹<http://www.non-discrimination.net/content/main-legislation-4>

⁵⁶² <http://www.senat.fr/lc/lc82/lc825.html>

⁵⁶³ L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) constitue une étape majeure dans le développement des droits de l'homme en Europe. Envisagée depuis la fin des années 1970, cette adhésion a été rendue obligatoire par le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 (voir l'article 6, paragraphe 2 du Traité). L'article 59, paragraphe 2, de la CEDH

de même que ses institutions et les États membres dans le cadre de l'interprétation et de l'application du droit de l'Union européenne, devraient suivre les orientations définies par cette convention.

Section 3: L'interdiction de la discrimination sur l'état de santé par la législation française

Remarques préliminaires

En France le régime de la rupture du travail pour cause de maladie et d'inaptitude présente une évolution remarquable. Entre la force majeure et le licenciement, la jurisprudence a pendant un temps adopté une position intermédiaire en distinguant l'initiative de l'imputabilité de la rupture. De nombreuses conventions collectives ont prévu un régime applicable à la rupture en cas de maladie en se situant dans ce contexte. Certaines se sont essayées à qualifier la rupture.

Selon une jurisprudence remontant aux années 1960, la rupture fut tout d'abord qualifiée de force majeure. Une telle qualification était peu conforme à la théorie générale des obligations.⁵⁶⁴ Puis, la loi de 1973 sur le licenciement a imposé le respect d'une procédure quand l'employeur prend l'initiative de rompre le contrat. Ainsi, dans un second temps, la jurisprudence a-t-elle distingué entre l'initiative et l'imputabilité : l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat doit respecter les règles formelles du licenciement (entretien préalable..) mais les règles de fond ne s'appliquent pas, la rupture ne lui étant pas imputable. Le contrat est rompu sans indemnités de licenciement.⁵⁶⁵ Pour autant, la non-imputabilité de la rupture supposait qu'un certain nombre de conditions soient réunies. À défaut, la rupture était un licenciement, qui, de surcroît, n'avait pas de cause réelle et sérieuse. D'abord, il fallait et il faut que l'absence se prolonge au-delà de la période de suspension. Première difficulté, car à la différence de l'absence consécutive à un accident du travail, la durée de la suspension n'est pas légalement fixée et demeure une question de fait (souvent six mois dans les conventions

telle qu'amendé par le Protocole n° 14 à la Convention, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, constitue la base juridique de cette adhésion (« L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention. »).

⁵⁶⁴Cass. soc. 14 déc. 1960, *JCP* 1961. II. 11985 ; sur la critique, V. G.-H. Camerlynck, La maladie prolongée du salarié constitue-t-elle un cas de force majeure ? *JCP* 1961. I. 1609 ; V. D. Corrigan, La maladie du salarié et la rupture du contrat de travail, *Dr. soc.* 1972.554 ; B. Boubli, Force majeure et imputabilité de la rupture, *Semaine sociale Lamy*, suppl. au n° 203, 12 mars 1984, p. 179 ; J. Savatier, Réflexions sur les indemnités de licenciement, *Dr. soc.* 1989.128

⁵⁶⁵MAZEAUD ANTOINE, « Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle », mars 1997 (dernière mise à jour : décembre 2010).

collectives). Ensuite la prolongation de l'absence devait et doit s'accompagner d'un remplacement définitif dans le poste. L'absence doit causer un trouble grave au fonctionnement de l'entreprise. Si l'absence est surmontable, même à des conditions plus onéreuses, l'employeur contractant reste tenu : « il n'existe pas de force majeure financière ». Enfin, dernière condition à la non-imputabilité, une incertitude devait planer sur la date de reprise de l'activité (d'où l'utilité de l'entretien préalable) ; la reprise doit être imprévisible dans un avenir proche.⁵⁶⁶

Le changement restait malgré tout modeste. Sur le plan formel, l'entretien trouve toute sa raison d'être, principalement dans l'éventualité d'une prochaine reprise. Règle de forme néanmoins, son inobservation ne rendait pas la rupture imputable à l'employeur.⁵⁶⁷ Mais sur le fond, on restait proche de la force majeure. La fréquence des arrêts de cassation illustre pourtant l'ampleur du courant favorable à la qualification de licenciement⁵⁶⁸, soutenu par la doctrine, laquelle soulignait l'incohérence à ne pas admettre le versement d'indemnités de licenciement à un salarié qui en aurait bénéficié en cas d'absence injustifiée ou tardivement justifiée, si tant est qu'un tel motif ne soit pas une faute grave. Malgré de nombreuses questions écrites, aucune réforme ne fut à l'époque envisagée.

Après, il n'appartient pas aux parties à une convention d'échapper à un régime en tentant de qualifier autrement un acte. Pour autant, les partenaires sociaux ont fréquemment prévu des clauses relatives à la rupture du contrat en cas de maladie prolongée, précisant les conditions (obligation de remplacement) et modalités de la rupture. La Cour de cassation, dans de multiples décisions d'espèce, a été amenée à préciser le sens de ces clauses n'hésitant pas à casser pour violation de la loi. Si la clause est dite de prise d'acte, l'employeur devait néanmoins respecter la procédure de licenciement. Si la rupture est qualifiée de licenciement, elle est imputable à l'employeur qui doit verser l'indemnité de licenciement.

⁵⁶⁶Cass. soc. 6 juill. 1983, *Bull. civ.* V, n° 396 ; V. Y. Saint-Jours, Les options économiques de la jurisprudence sociale, *D.* 1987, chron. 178

⁵⁶⁷Cass. soc. 21 mars 1984, *BS Lefebvre* 6/1984, p. 487

⁵⁶⁸Par ex., Cass. soc. 16 mars 1983, *Juri-soc.* 1983, n° 59, F 57, *Cah. prud'h.* 1983, n° 9, p. 139 ; 6 juillet 1983, *Bull. civ.* V, n° 396, au visa de l'article L. 122-9 ; 5 juill. 1982, *BS Lefebvre* 1982, n° 855, *Cah. prud'h.* 1982, n° 10, p. 178, *Juri-soc.* 1982, n° 52, F 84 ; 15 janv. 1981, *Jurispr. soc. UIMM*, n° 81-419, p. 242

En outre, par une série d'arrêts rendus en 1988, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence, en présence de clauses de prise d'acte. Elle estime que les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement sont dues, car l'employeur « avait pris la responsabilité de rompre le contrat (...) qui se trouvait seulement suspendu du fait de la maladie.⁵⁶⁹ » Il est ainsi raisonné en termes de responsabilité : le risque de la rupture doit être assumé par l'employeur, dès lors que ce dernier prend l'initiative de rompre le contrat. L'employeur décide, conformément à son pouvoir de direction, de résilier unilatéralement le contrat. Il s'agit bien d'un licenciement non pas disciplinaire mais du fait du salarié.

Les clauses de prise d'acte, souvent présentées comme étant la contrepartie à une période de garantie de ressources et d'emploi, ne sont pas pour autant caduques, si notamment elles prévoient des conditions plus restrictives à la rupture du contrat⁵⁷⁰. Mais elles ne peuvent être interprétées comme valant clause d'exclusion de l'indemnité conventionnelle de licenciement⁵⁷¹.

La fin de la distinction entre l'initiative et l'imputabilité renforce le diptyque démission-licenciement. Ce revirement a pour but essentiel de justifier le versement de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. Le parallèle est évident avec la rupture du contrat pour inaptitude du salarié⁵⁷².

L'évolution contemporaine va dans le sens d'une protection de l'emploi du salarié malade. La nouvelle rédaction de l'article du Code du travail L.1132-1 (précédemment L. 122-45), apparaît essentielle en ce qu'un licenciement en raison de l'état de santé serait discriminatoire. En conséquence, l'état de santé du salarié doit demeurer étranger à l'exécution du contrat de travail. Puisque de toute évidence, un état de santé satisfaisant et optimal ne pose pas de difficulté, ce principe vise essentiellement à assurer la protection du travailleur dont l'état de santé est dégradé ou s'est altéré,

⁵⁶⁹ Cass. soc. 21 avr. 1988, *Jurispr. soc. UIMM*, n° 88-505, *Action juridique*, n° 71, juillet 1988, p. 17, *D.* 1988. Somm. 323, *Liaisons soc.*, législ. soc., n° 6144, p. 7 ; 19 mai 1988 [10 arrêts], *ibid.*, n° 6144, p. 7 ; 13 juin 1990, 25 oct. 1990, *Dr. soc.* 1991.113, obs. J. Savatier ; 11 déc. 1990, *Cah. prud'h.* 1991, n° 3, p. 37 ; V. J.-M. Béraud, article préc., p. 583 ; Cass. soc. 30 janv. 1991, *Jurispr. soc. UIMM*, n° 91-536, p. 94

⁵⁷⁰ Par exemple, Cass. soc. 31 mars 1993, *Cah. prud'h.* 1993, n° 9, p. 150.

⁵⁷¹ Cass. soc. 30 janv. 1991, *Jurispr. soc. UIMM*, n° 91-536, p. 93 ; 18 juill. 1996, *RJS* 10/1996, n° 1033

⁵⁷² MAZEAUD ANTOINE, « Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle », mars 1997 (dernière mise à jour : décembre 2010).

postérieurement au recrutement.⁵⁷³ Par conséquent, le salarié malade dont le contrat de travail est suspendu et celui dont l'état de santé ne lui permet plus d'occuper son emploi bénéficient d'une protection particulière.

En outre, il convient de noter que le droit français accordait une protection différente à la maladie et à l'inaptitude d'origine professionnelle, par opposition à la maladie et l'inaptitude non professionnelles. Lorsque l'inaptitude a été constatée à l'issue d'un arrêt de travail provoqué par un accident de travail ou une maladie professionnelle, étaient d'application des dispositions spécifiques, notamment, le versement d'une indemnité compensatrice de préavis et d'une indemnité spéciale de licenciement. Il s'agissait d'un statut protecteur dérogatoire au droit commun précisément en raison de l'origine professionnelle du risque qu'assume l'entreprise.

Or, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, dite « loi travail », a réformé la procédure d'inaptitude et a presque unifié les deux régimes. L'entrée en vigueur de cette réforme était cependant subordonnée à la parution d'un décret d'application. C'est chose faite avec la publication du décret du 27 décembre 2016, au *Journal officiel* du 29 décembre 2016. Ces nouvelles règles s'appliquent à toute première visite médicale effectuée à compter du 1^{er} janvier 2017. Si la première visite médicale a été effectuée avant cette date, c'est le régime antérieur qui continue de s'appliquer. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2017, la procédure de licenciement pour inaptitude – à l'exception de quelques spécificités – est identique qu'elle soit d'origine professionnelle ou non, et la contestation de l'avis d'inaptitude relève désormais des prud'hommes. Dans la présente étude, l'on se concentre sur l'inaptitude ou la maladie non professionnelles, en renvoyant aux nouvelles similarités avec des dispositions spécifiques sur l'inaptitude ou la maladie professionnelle.

Enfin, l'état de santé en tant que tel ne peut être pris en considération par l'employeur pour arrêter une décision s'agissant de la carrière ou de la présence du salarié dans l'entreprise. Néanmoins, les effets de l'état de santé et notamment, l'impossibilité dans laquelle le travailleur peut se trouver d'exécuter pendant un certain temps sa prestation de travail ou l'impossibilité d'occuper le poste de travail qui était

⁵⁷³ HEAS FRANCK, « État de santé, handicap et discrimination en droit du travail », La semaine juridique-édition sociale, n° 24, 14 juin 2011.

le sien avant l'apparition de la pathologie ou la survenance de l'accident, peuvent, dans certains cas, justifier la décision de l'employeur de mettre fin à la relation de travail. La première hypothèse est celle de la maladie prolongée, la seconde, celle de l'incapacité médicale au poste. Cette section essaiera de présenter, dans un premier temps, le régime juridique français de la protection du salarié malade et, dans un second temps, celui du salarié inapte. Ensuite, elle présentera le reclassement du travailleur handicapé déclaré inapte, au regard de l'obligation d'« aménagement raisonnable. »

A. La protection du salarié malade

Le droit du travail français qui protège globalement la santé au travail, vise plus particulièrement à prémunir contre toute prise en compte de l'état de santé du salarié. Cet objectif continue de bénéficier au travailleur malade.

En effet, le travailleur n'a aucune obligation d'informer son (futur) employeur de la maladie ou du handicap dont il est atteint. Car, ces éléments relèvent du droit au respect de sa vie privée sauf si l'exercice de la fonction risque de porter atteinte à la sécurité du travailleur, de ses collègues ou de tiers.

En outre, cet objectif concerne celui qui, momentanément, ne peut pas occuper son emploi en raison d'une altération de son état de santé constatée médicalement. Bénéficiant directement du principe de non-discrimination, sa maladie ne peut nullement être prise en compte pour toute décision concernant et intéressant la relation de travail.

En jurisprudence, cette exigence est d'application stricte. Par conséquent, si le salarié quitte son poste de travail en raison de son état de santé afin de consulter un médecin, ce comportement ne peut, en soi, être considéré comme fautif⁵⁷⁴. Pareillement, le principe d'interdiction de discrimination s'applique à la période d'essai : la rupture intervenue dans ce cadre peu de temps après « de récents problèmes de santé » constitue un indice de discrimination, la décision peut donc être requalifiée en licenciement nul⁵⁷⁵.

En matière de rémunération, les absences pour maladie ne peuvent pas davantage justifier une différence de traitement. L'augmentation de salaire subordonnée à un nombre minimal de jours d'absence pour maladie est à cet égard discriminatoire⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Cass. soc., 3 juill. 2001, n° 99-41.738 : JurisData n° 2001-010503, Bull. civ. 2001, V, n° 244

⁵⁷⁵ Cass. soc., 16 fév. 2005, n° 02-43402 : JurisData n° 2005-026990, Bull. civ. 2005, V, n° 52.

⁵⁷⁶ Cass. soc., 7 fév. 2006, n° 04-45.733

La prise en compte de l'état de santé, même indirecte, demeure également discriminatoire. En l'espèce, dans une entreprise où la modulation annuelle de la durée du travail impliquait un lissage des salaires, l'employeur avait, pour régulariser les rémunérations, imputé les jours d'absence pour maladie sur la semaine. Il en résultait qu'un salarié malade était débiteur de 29 heures, alors que tous les autres salariés bénéficiaient d'un crédit d'heures et, donc, d'heures payées à titre supplémentaire. La chambre sociale a conclu à l'existence d'une discrimination indirecte en raison de l'état de santé⁵⁷⁷.

Le principe selon lequel l'état de santé du salarié ne peut être pris en compte s'impose également lors de la rupture. Ainsi, la maladie ne peut en soi fonder un licenciement, y compris indirectement. Dans des affaires où les salariés avaient été licenciés pour des comportements particulièrement excessifs (l'un s'était tapé la tête à plusieurs reprises contre les murs et l'autre avait tenu des propos complètement incohérents), l'employeur ne pouvait pas douter qu'il s'agissait là d'états pathologiques, donc que les ruptures étaient liées à un état de santé fragilisé.⁵⁷⁸ Cette impossibilité de justifier le licenciement par la maladie ne signifie pas pour autant qu'il soit impossible de licencier un salarié malade. Néanmoins, l'hypothèse n'est envisageable que dans des conditions restrictives, donc protectrices du salarié.

L'article 1133-3 du Code autorise, en effet, des différences de traitement en cas d'incapacité médicalement constatée lorsqu'elles sont « objectives, nécessaires et appropriées ». Ce dispositif de justification appelle une démarque, la maladie du salarié n'est pas évoquée par l'article L.1133-3 du Code du travail. Les dérogations au principe, si dérogation il y a, sont donc à rechercher ailleurs. C'est le sens à donner à une jurisprudence qui permet de tenir compte des effets de la maladie pour justifier dans certains cas la rupture de travail.

Ainsi, il est en effet de jurisprudence constante que, sous peine de nullité (C. trav. art. L. 1132-4), le licenciement ne peut être motivé par l'état de santé du travailleur malade, mais au contraire par la situation objective qui en résulte au sein de l'entreprise : l'absence du salarié doit entraîner des perturbations dans le

⁵⁷⁷Cass. Soc., 9 janv. 2007, n° 05-43962 : JurisData n° 2007-036936, Bull. civ. 2007, V, n° 1, JCP S 2007, 1137, note J-F Cesaro, RDT, MM

⁵⁷⁸Cass. Soc., 2 mai 2000, n° 98-40.455- Cass. Soc., 24 avril 2001, n° 98-45.927.

fonctionnement de l'entreprise, ce qui impose de procéder au remplacement définitif de l'intéressé⁵⁷⁹.

a. L'absence prolongée

Il ne semble pas que la jurisprudence relative aux conditions de licéité d'un licenciement en cas d'absences prolongées ou aux absences fréquentes et répétées soit fondamentalement remise en cause.⁵⁸⁰ Les travaux préparatoires de la loi du 12 juillet 1990 sont nets sur ce point. Il n'était pas dans l'intention du législateur de revenir sur la licéité de ces licenciements lorsque les absences « conduisent à une désorganisation de l'entreprise (...). Les dispositions adoptées sont donc en harmonie avec les principes de cette jurisprudence, qui ont également été rappelés par l'ensemble des partenaires sociaux dans la charte sur le SIDA en milieu de travail⁵⁸¹ ». La charte précitée avait reçu, dans cet esprit, une approbation unanime, dans le cadre du Conseil supérieur de la prévention des risques professionnels. L'objectif est clair : appliquer au licenciement le principe de non-discrimination notamment à l'égard des séropositifs dans le respect de la jurisprudence.

La Cour de cassation française n'a admis la licéité du licenciement qu'au vu des conséquences de l'absence sur la bonne marche de l'entreprise⁵⁸². L'absence prolongée en tant que telle ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement⁵⁸³. Un licenciement dont le motif indiqué dans la lettre de notification est la seule absence pour maladie ou la maladie prolongée a parfois été considéré comme nul, en application de l'article L. 1132-4, justifiant la réintégration⁵⁸⁴. Les conventions collectives précisent les conditions qui doivent être réunies pour que la rupture puisse être envisagée (remplacement définitif de poste...). De façon générale, l'absence prolongée ne peut être un motif légitime de licenciement que si elle apporte une perturbation importante dans le fonctionnement de l'entreprise, et s'il apparaît indispensable de

⁵⁷⁹Cass. Soc., 16 juil. 1998, n° 97-43484, Cass. Soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110, Cass. Soc., 13 juil. 2005, n° 03-47.990, Cass. Soc., 6 févr. 2008, n° 06-44.389, RDT avr. 2007.

⁵⁸⁰Par ex., CA Paris, 2 juin 1992, *RJS* 10/1992, n° 1083 ; CA Versailles, 2 juin 1992, *Cah. prud'h.* 1992, n° 7, p. 123 ; Cons. prud'h. Poissy (réf. juge départ.) 16 juillet 1991, *Dr soc.* 1992.243, obs. A. Mazeaud

⁵⁸¹Evin, *JOAN* 20 juin 1990, p. 2643, et 29 juin 1990, p. 3100, 1^{re} col., Gillibert, *JOAN* 20 juin 1990, p. 2643

⁵⁸²Mazeaud A, Le licenciement en cas de maladie prolongée ou d'inaptitude physique d'origine non professionnelle : la loi, le juge et les partenaires sociaux, *Dr. soc.* 1992.240.

⁵⁸³Cass. soc. 3 juill.1986, *Bull. civ.* V, n° 346 ; 24 avr. 1990, *RJS* 1990, n° 466

⁵⁸⁴Cons. prud'h. Versailles, 12 juin 1995 et CA Montpellier, 11 oct. 1995, *RJS*4/1996, n° 394

pourvoir au remplacement définitif du salarié⁵⁸⁵. Un remplacement provisoire, notamment en procédant à une réorganisation temporaire⁵⁸⁶ ou une embauche à durée déterminée⁵⁸⁷ ne saurait suffire. Le choix du type de contrat à durée déterminée, soit de date à date, soit à terme incertain, n'est pas neutre dans ce contexte.

Il convient donc de procéder en deux temps. Premier temps : s'agit-il d'une absence prolongée ? Celle-ci tient tant à la durée qu'à l'incertitude sur la date de reprise (d'où l'importance de l'entretien préalable). Deuxième temps : dans quelle mesure cette absence perturbe le fonctionnement de l'entreprise ? On sait que la théorie de l'employeur seul juge est abandonnée.⁵⁸⁸ Le pouvoir de direction qui appartient au chef d'entreprise n'est pas remis en cause, mais ce dernier doit expliquer, notamment, pourquoi il est nécessaire de procéder à un remplacement définitif de poste, afin de mettre en mesure les tribunaux d'exercer leur contrôle. L'exigence de cause réelle et sérieuse doit ainsi s'apprécier selon la nature de l'emploi, la taille de l'entreprise. En tout cas il conviendra de tenir compte de l'avis du médecin du travail.

Le licenciement qui ne satisfait pas à l'ensemble des exigences ainsi posées n'est pas pour autant nécessairement discriminatoire alors que « la cause déterminante » ou le motif réel ne tient pas à l'état de santé (cancer, SIDA...). Ainsi est-il affirmé que la seule prolongation d'absence n'est pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement.⁵⁸⁹ Il semble résulter de cet arrêt que la seule mention de l'absence prolongée dans la lettre de notification, si elle fixe les limites du litige, est suffisamment précise pour que les juges du fond puissent apprécier, au vu des éléments fournis, l'importance des perturbations que doit justifier l'employeur. Par conséquent, la résiliation du contrat en méconnaissance du statut protecteur du salarié victime d'un risque professionnel est nulle.^{590, 591}

⁵⁸⁵ Cass. soc. 3 juin 1982, *Bull. civ. V*, n° 362 ; 3 juill. 1986, *ibid. V*, n° 346

⁵⁸⁶ Cass. soc. 3 juill. 1990, *Bull. civ. V*, n° 331

⁵⁸⁷ Cass. soc. 31 mai 1989, *RJS* 7/1989, n° 571

⁵⁸⁸ P. Waquet, *Le juge et l'entreprise*, *Dr. soc.*, 1996, 472

⁵⁸⁹ Cass. soc., 8 janv. 1997, *Dr. soc.* 1997.201, obs. A. Mazeaud, *RJS* 2/1997, n° 133

⁵⁹⁰ Article L. 1226-13

⁵⁹¹ MAZEAUD ANTOINE, « Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle », mars 1997 (dernière mise à jour : décembre 2010)

b. Les absences fréquentes ou répétées

L'article L. 1132-1 du Code du travail fait interdiction à l'employeur de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II de ce même code, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif de ce dernier dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement.

La Cour de Cassation a statué dans le passé que le licenciement peut être notifié en raison d'absences fréquentes et répétées qui perturbent la bonne marche ou désorganisent l'entreprise, ce qui nécessitera le remplacement définitif du salarié⁵⁹². La nécessité de procéder au remplacement définitif doit être invoquée dans la lettre de licenciement⁵⁹³. Ce motif peut justifier le licenciement du représentant du personnel, à condition que les absences apportent au fonctionnement de l'entreprise des perturbations sérieuses⁵⁹⁴. Le licenciement peut être prononcé même à un moment où le salarié a repris le travail, puisque le motif tient à la désorganisation qui est due tant aux absences qu'aux présences intermittentes⁵⁹⁵. Le motif du licenciement tient en effet, non à l'inaptitude du salarié, mais à la désorganisation qu'engendre l'exécution intermittente de la prestation de travail. Pour autant, l'employeur sera bien tenu d'une obligation de reclassement tenant compte des conclusions du médecin du travail.

En outre, **dans l'affaire Toyota du 16 décembre 2010**⁵⁹⁶, un salarié engagé en qualité d'agent de production dans une entreprise automobile a été licencié en raison de ses absences répétées causées par son état de santé. Le salarié saisit alors la Cour de Cassation pour contester ce licenciement. Son employeur fit valoir, d'une part, que les

⁵⁹²Cass. soc., 6 mars 1986, *Juri-soc.* 1986, n° 4, SJ 95 ; 25 janv. 1990, *Jurispr. soc. UIMM*, n° 92-526, p. 134 ; V. cep. Cass. soc. 19 déc. 1991, D. 1992, IR 44 ; Cass. soc. 16 oct. 1991, *Jurispr. soc. UIMM*, n° 91-544, p. 437 ; les divergences de solution tiennent en réalité au contexte propre à chaque espèce : taille de l'entreprise, nécessité d'une présence régulière, difficultés de remplacement, V. Cass. soc. 3 oct. 1990, *Jurispr. soc. UIMM*, n° 91-534, p. 10

⁵⁹³Cass. soc., 29 janv. 1997, *RJS* 3/1997, n° 272

⁵⁹⁴Sur l'obligation de reclassement ; une simple réorganisation temporaire du service ne saurait suffire ; CE 6 mars 1987, Sté Les terreaux de France, *AJDA* 1987.613, note X. Prétot, *RPDS* 1994.10

⁵⁹⁵Cass. soc., 10 déc. 1984, *Bull. civ.* V, n° 476

⁵⁹⁶**Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de Cassation du 16 décembre 2010. N° de pourvoi : 09-43074**

absences répétées perturbaient la bonne marche du service et, d'autre part, que les fonctions spécifiques du salarié rendaient nécessaire son remplacement définitif.

La Cour de Cassation constate que les absences du salarié, bien que répétées, étaient toutes justifiées par des arrêts maladie. Les juges soulignèrent également que l'entreprise pouvait aisément pourvoir au remplacement du salarié absent. Ils en déduisirent que le licenciement était nul et, par conséquent, que le salarié avait le droit d'être réintégré dans son emploi ou dans un emploi équivalent⁵⁹⁷. Ainsi, l'employeur ne

⁵⁹⁷ Plus précisément la Cour de Cassation a décidé « que si l'article L. 1132-1 du code du travail fait interdiction à l'employeur de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II de ce même code, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif de ce dernier dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement ; qu'en estimant que, par principe, la Société TOYOTA ne pouvait pas alléguer d'une désorganisation occasionnée par les absences répétées de Monsieur X..., au seul motif qu'elle compte 3. 600 salariés et que la fonction d'agent de production serait « utile mais non essentielle et facilement remplaçable », sans rechercher, comme cela lui était expressément demandé, si les tâches concrètement effectuées par Monsieur X... ne nécessitaient pas des compétences techniques particulières empêchant son remplacement par un travailleur temporaire en cas d'absence inopinée et si, dès lors, la répétition des absences ne rendaient pas nécessaire son remplacement définitif par un salarié en contrat à durée indéterminée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1 et L. 1232-1 du Code du travail ;que la Société TOYOTA exposait dans ses écritures d'appel que Monsieur X..., qui était classé au niveau 3 de la catégorie d'agent de production, travaillait au sein d'une équipe de sept personnes et disposait de la formation et des compétences lui permettant d'exercer l'intégralité des tâches sur le « process A 01 » et d'être autonome sur le « process A02 » ; qu'elle exposait que certaines tâches, notamment de pilotage de la presse ou la manipulation du palettiseur robotisé, habituellement dévolues à Monsieur X..., nécessitaient plusieurs années de formation, de sorte qu'il était impossible en cas d'absence non planifiée de Monsieur X... de le remplacer « au pied levé » par un intérimaire, et que c'était son chef d'équipe qui se trouvait alors contraint d'effectuer ces tâches et de délaisser ainsi le travail qui lui incombait (conclusions pp. 11 à 16) ; que la Société TOYOTA produisait à cet égard un tableau de polyvalence récapitulant les différentes tâches dévolues à Monsieur X... et aux différents membres de son équipe, ainsi que les attestations de ces derniers exposant les conséquences des absences répétées et inopinées de Monsieur X... sur leurs conditions de travail ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans répondre à ces chefs péremptoires des conclusions de l'exposante qui étaient de nature à établir que, nonobstant le nombre de salariés dans l'entreprise, la spécificité du poste et de la formation de Monsieur X... faisaient que les absences répétées de ce dernier perturbaient gravement la bonne marche de son service, la cour d'appel n'a pas motivé sa décision, en violation de l'article 455 du Code de procédure civile ; Que l'absence de justification par l'employeur de la nécessité de procéder au remplacement définitif du salarié en raison de ses absences répétées pour maladie ne rend pas le licenciement motivé par les incidences des absences sur la situation de l'entreprise nul mais sans cause réelle et sérieuse ; qu'au cas présent, la Société TOYOTA avait justifié le licenciement de Monsieur X... par le fait que « le caractère inopiné et imprévisible de ses absences rend impossible son remplacement par du personnel intérimaire et ce d'autant plus que l'activité qu'il occupait au sein du secteur presses demande des compétences qui nécessitent une formation longue ainsi qu'une expertise », que ces absences empêchaient ses leaders et chefs d'équipe d'effectuer les tâches qui leur étaient dévolues, et que cette situation rendait nécessaire son remplacement définitif ; qu'en ordonnant à la Société TOYOTA de poursuivre sous astreinte le contrat de travail, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1, L. 1132-4, L. 1232-1 et R. 1455-6 du Code du travail ;Que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration dans la limite du montant des salaires dont il a été privé ; qu'il en résulte que doivent être déduits de la réparation du préjudice subi, les revenus qu'il a tirés d'une autre activité et les revenus de remplacement qu'il a pu percevoir pendant

peut pas se prévaloir des perturbations occasionnées par l'absence du salarié pour le licencier quand cette absence est due au harcèlement subi par le salarié du fait de l'employeur⁵⁹⁸.

c. Le remplacement définitif du salarié malade

Ainsi, la jurisprudence est désormais fixée sur le fait que l'employeur qui prétend prendre appui sur l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié pour rompre le contrat de travail doit établir, d'une part les perturbations en résultant pour l'entreprise et, d'autre part, démontrer que cette situation rend nécessaire le remplacement définitif du salarié. Les deux conditions sont cumulatives et doivent être mentionnées dans la lettre de licenciement⁵⁹⁹.

Ensuite, la possibilité de prendre appui sur les conséquences de la maladie pour mettre fin au contrat de travail est apparue à certains comme une porte de sortie pour l'employeur. L'histoire jurisprudentielle montre que l'élargissement de cette porte n'a fait que s'accroître au fil du temps.

Deux questions principales ont été posées à la Cour de cassation⁶⁰⁰ à propos de la condition relative au remplacement définitif du salarié, sachant que la preuve de la réalisation de cette condition appartient ici encore à l'employeur. La première interrogation porte sur le délai dans lequel le remplacement du travailleur licencié pour absence été réalisé. Après avoir adopté une position particulièrement rigoureuse, la Cour de cassation a assoupli sa position en considérant que le remplacement qui intervient dans un délai raisonnable après la rupture remplit l'exigence posée par la jurisprudence⁶⁰¹. Le caractère raisonnable de ce délai est souverainement apprécié par le juge du fond qui prendra en considération les spécificités de l'entreprise et de l'emploi concerné ainsi que des démarches faites par l'employeur en vue d'un

cette période ; qu'en allouant à Monsieur X... une provision égale au montant de l'intégralité des salaires qu'il aurait dû percevoir entre septembre 2008 et son retour effectif à son poste de travail, la cour d'appel a violé les articles 1147 du Code civil, L. 1132-1, L. 1132-4 et R. 1455-6 du Code du travail. »

⁵⁹⁸Cass soc 16 déc. 2010 N° de pourvoi: 09-41640

⁵⁹⁹Cass. Soc 8 avr. 2009 n 07-43.909, JurisData n° 2009-047794, Bull.civ.2009, V,n 105, JCP S 2009, 1439, 1^{er} esp., note, P-Y Verkindt, Cass.Soc., 2 déc. 2009, n 08-43.486.

⁶⁰⁰Cass. Soc 15 nov. 2006, n 04-48.192, JurisData, n° 2006-035917, Bull. Civ. 2006, V, n 343, JCP S 2007, 1055, note T Tauron.

⁶⁰¹Cass. Soc 10 nov. 2004, n 02-45.156, JurisData n° 2004-025570, bull. Civ. 2004, V, n 283, -Cass. soc., 28 oct. 2009, n 08-44.241, JurisData n 2009-050070, bull.civ. 2009, v, n 234, JCP S 2010, 1129, note M. Canon.

recrutement⁶⁰². La Cour de cassation rappelle ici que le licenciement ne saurait intervenir lorsque le salarié absent a repris son travail⁶⁰³.

La seconde question concerne plus spécifiquement la définition du « remplacement définitif ». Dans son dernier état, la jurisprudence relative à cette exigence s'oriente dans deux directions, au demeurant complémentaires. En premier lieu, le remplacement doit être définitif, ce qui entraîne que lorsque le remplacement temporaire suffit à mettre fin aux perturbations dans l'entreprise, le licenciement du salarié perd toute justification. Cependant, comme le rappelle l'avis de Monsieur l'Avocat général Aldigé, le fait d'avoir recours temporairement au contrat à durée déterminée (de remplacement) ou au contrat de travail temporaire ne prive pas l'employeur de la faculté d'établir que cette solution n'est plus viable et qu'il lui faut désormais envisager le recrutement d'un remplacement par contrat à durée indéterminée⁶⁰⁴.

En second lieu, l'exigence d'un remplacement définitif n'est pas satisfaite lorsque le remplacement est assuré par un autre salarié de l'entreprise⁶⁰⁵ ou du groupe auquel l'entreprise appartient⁶⁰⁶ lorsque le travail du salarié absent est réparti entre les autres salariés⁶⁰⁷ ou encore lorsque le salarié licencié est remplacé par un salarié dont l'horaire de travail est inférieur⁶⁰⁸.

Ainsi, non seulement l'employeur doit établir la nécessité du remplacement mais il lui faut encore « établir l'impossibilité de recourir à un remplacement temporaire »⁶⁰⁹. Ensuite, le remplacement définitif du salarié doit être une nécessité et intervenir dans un délai raisonnable. Puisque la cause réelle et sérieuse s'apprécie à la date du licenciement, il en résulte que le caractère raisonnable du délai de remplacement du salarié licencié en raison de son absence pour maladie et de la nécessité de son

⁶⁰²Cass. Soc. 10 nov. 2004 n° 02-45.156,

⁶⁰³Cass. Soc. 20 janv. 2010, n° 08-41.697, JurisData n° 2010-051200, Bull. Civ. 2010 V, n° 16, JCP S 2010, 1138, note L. Draï

⁶⁰⁴Cass. Soc. 2 mars 2005, n° 03-42.800.

⁶⁰⁵Cass. Soc. 27 janv. 2011, n° 09-71.907, JurisData n° 2011-000686, JCP S 2011, 1197, note L. Draï, RJS 2011, n° 316, 1 esp.

⁶⁰⁶Cass. Soc. 22 sept 1993, n° 91-43.626 – Cass. Soc. 6 oct. 2004, n° 02-44.586.

⁶⁰⁷Cass. Soc. 30 juin 1993 n° 90-44.165

⁶⁰⁸Cass. Soc. 6 févr. 2008 n° 06-44.389 JurisData n° 2008 042673, Bull. Civ. 2008, V n° 32, JCP S 2008, 1205, note D. Corrignam-Carsin-Cass. Soc., 26 janv. 2011, n° 09-67.073 qui sanctionne une cour d'appel pour n'avoir pas vérifié si le recrutement d'un salarié à temps partiel était de nature à caractériser un remplacement total et définitif.

⁶⁰⁹Cass. Soc. 28 oct. 2009, n° 08-44.241, Cass. Soc. 16 janv. 2002 n° 99-46.145, S. Bourgeot et M. Blatman « L'état de santé du salarié, éditions », Liaisons, 2^e éd. 2009, p. 359.

remplacement définitif doit s'apprécier au regard de la date de son licenciement⁶¹⁰. S'agissant du recours par l'employeur à une entreprise prestataire de services, la chambre sociale⁶¹¹ avait considérée qu'il ne pouvait caractériser le remplacement définitif du salarié absent.

La décision rendue par l'assemblée plénière de la Cour de cassation d'avril 2011⁶¹² indique que le salarié dont l'absence pour maladie se prolonge « ne peut être licencié que si les perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'autre salarié ». Ainsi, cette décision considère qu'il convient d'entendre par « remplacement définitif », « l'engagement d'un autre salarié ». Pierres-Yves Verkindt⁶¹³ note au passage l'emploi du terme d'« engagement » (le communiqué de la Cour utilise celui d'« embauche ») sans préciser le type de support juridique à utiliser, ce qui fait écho à l'avis de Monsieur l'avocat général Aldigé.

Néanmoins, le rapport de Monsieur le conseiller Feydau livre une autre option s'appuyant sur le rapport de la Cour de cassation 2007. Il lui apparaît en effet que puisque l'employeur devant démontrer qu'il ne lui est pas possible d'avoir recours à un remplacement temporaire, le remplacement définitif appelle inéluctablement un recours au contrat de travail à durée indéterminée⁶¹⁴.

Plus précisément, l'arrêt de la Cour de cassation d'avril 2011 n'évoque pas la question de la qualification de la rupture, à la différence du communiqué de la Cour de cassation pour qui, en énonçant que le remplacement définitif s'entend de l'embauche d'un autre salarié dans l'emploi jusque-là occupé par le salarié malade, cette dernière « exclut que ce type de licenciement puisse conduire à une suppression d'emploi, celle-ci relevant du domaine du licenciement pour motif économique ». Cette question n'apparaît que dans le rapport de Monsieur le conseiller Feydau.

⁶¹⁰ Selon S. Bourgeot et M. Blatman, c'est à tort que la Cour d'appel, a apprécié le caractère raisonnable du délai de remplacement à partir de la fin du préavis du salarié jusqu'à l'entrée en fonction de son successeur (cinq mois). « L'état de santé du salarié », éditions Liaisons, 2^e éd. 2009, p. 359».

⁶¹¹ Cass. Soc. 18 oct. 2007, n° 06-44.251, JurisData n° 2007- 040877, bull.Civ. 2007, V , n 163, JCP S 2007, 1956, NOTE d. Corrignam-Carsin

⁶¹² Cass. ass. plen. 22 avr. 2011, n 09-43.334, P+B+R+I, m L.c/Syndicat des copropriétaires, JurisData n° 2011-006527.

⁶¹³ VERKINDT PIERRE-YVES, « Conditions du licenciement d'un salarié malade », La semaine juridique, édition sociale n° 24, 1^{er} juin 2011, p 39.

⁶¹⁴ J. Savatier, Dr. Soc.2008, p. 128 ; Péliissier RDT 2007, p. 717 ; Corrignam-Carsin JCP S 2007, p.1956.

Selon Pierres-Yves Verkindt⁶¹⁵ l'idée est la suivante : si l'on admet que le remplacement définitif du salarié peut être considéré comme réalisé lorsque l'employeur confie l'exécution de la tâche du salarié malade - et dont le licenciement est envisagé - à une entreprise de prestation de services, cela ouvrirait à l'employeur la faculté de se servir de la maladie du salarié pour procéder à une suppression d'emploi clandestine, échappant pour cette raison à l'application des règles relatives aux licenciements pour motif économique. De plus, sans doute, il se trouvera des employeurs capables de voir dans la maladie du salarié l'opportunité de réaliser des compressions d'effectifs à moindres frais.

Sur ce point, Pierres-Yves Verkindt s'interroge s'il faut toujours construire la norme à partir d'une volonté présumée et surtout généralisée de contournement de la loi. Quant à cette question, le strict cadre de la décision rendue par la Cour de cassation en avril 2011⁶¹⁶ assure la supériorité de la protection du salarié malade sur l'intérêt de l'entreprise.

B. La protection du salarié inapte

Selon le code du travail français l'incapacité est une autre situation dans laquelle la poursuite des relations professionnelles peut apparaître compromise eu égard à la dégradation de la santé du salarié. Il s'agit d'une diminution plus ou moins importante de la possibilité physique ou mentale de l'intéressé d'occuper l'emploi pour lequel il a été initialement recruté. La constatation de cette incapacité relève de la compétence exclusive du médecin du travail et, depuis plusieurs années, les avis d'incapacité ne cessent d'augmenter. En la matière, le contentieux demeure important en régulier.

Puisque le salarié inapte présente par définition une dégradation de son état de santé, il bénéficie également du principe de non-discrimination. À l'instar du salarié malade⁶¹⁷, la situation d'incapacité ne peut pas être prise en compte pour la moindre décision intéressant l'emploi. Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit impossible de licencier le travailleur inapte. Si cette incapacité ne peut en soi constituer une cause de

⁶¹⁵VERKINDT PIERRE-YVES, « Conditions du licenciement d'un salarié malade », La semaine juridique, édition sociale, n° 24, 1 juin 2011, p. 39.

⁶¹⁶Cass. ass. plen. 22 avr. 2011, n° 09-43.334, P+B+R+I, m L.c/Syndicat des copropriétaires, JurisData n 2011-006527.

⁶¹⁷Suivant sa jurisprudence nouvelle en cas de maladie prolongée, la Cour de cassation a opéré le même revirement en estimant que la rupture à l'initiative de l'employeur est un licenciement MAZEAUD ANTOINE, « Maladie et incapacité d'origine non professionnelle », mars 1997 (dernière mise à jour : décembre 2010)

rupture, le licenciement de la personne inapte reste envisageable dans un cadre particulier. Là encore, ces restrictions résultent de l'interdiction de toute discrimination à l'endroit des intéressés.

C'est pourquoi l'article L. 1133-3 du Code du travail prévoit que des différences de traitement en raison de l'état de santé sont possibles, et « ne constituent pas une discrimination », dès lors qu'elles se fondent sur l'inaptitude « constatée par le médecin du travail » et sont « objectives, nécessaires et appropriées ». En revanche, en dehors de tout constat régulier de l'inaptitude, le non-renouvellement d'un contrat aidé est considéré comme directement lié à l'état de santé du salarié, donc est discriminatoire⁶¹⁸.

Précisément, selon que l'inaptitude présente une origine professionnelle ou non, les articles L. 1226-10 et L. 1226-2 du Code du travail trouvent application. Or, la principale nouveauté de la loi du 8 août 2016 (L. 2016-1088) consiste en l'alignement de la procédure concernant l'inaptitude d'origine non professionnelle sur celle concernant l'inaptitude d'origine professionnelle⁶¹⁹. Par deux textes, le législateur a entendu régir les conséquences de l'inaptitude et dégager les scénarii possibles. Lorsque le salarié est déclaré par le médecin du travail « inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment », l'employeur doit lui proposer « un autre emploi approprié à ses capacités et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé ». Les délégués du personnel doivent être consultés avant la proposition d'un poste de reclassement au salarié déclaré inapte (C. trav. Art. L. 1226-2 et L. 1226-10).

L'employeur donc doit exécuter l'obligation de reclassement dont il est débiteur. Ce n'est qu'à défaut d'une telle possibilité que le licenciement de l'intéressé peut être envisagé. Il en résulte que la rupture est subordonnée à l'impossibilité préalable du reclassement du salarié et a donc un caractère subsidiaire⁶²⁰. Conformément au principe de non-discrimination, le maintien dans l'emploi du salarié inapte est donc une priorité. Néanmoins, la recherche d'un reclassement ne sera désormais plus automatique

⁶¹⁸Cass.soc. 25 janvier 2011, n 09-72.834 : JurisData n 2011-000653, décision qui sera publiée au Bulletin

⁶¹⁹Depuis le 1er janvier 2017, les modalités de cette obligation de reclassement sont identiques que l'inaptitude soit d'origine professionnelle ou non, notamment : les délégués du personnel doivent être consultés avant la proposition d'un poste de reclassement au salarié déclaré inapte (C. trav., art. L.1226-2 et L. 1226-10) ; lorsqu'il est impossible à l'employeur de proposer un autre emploi au salarié, il doit lui faire connaître par écrit les motifs qui s'opposent à son reclassement (C. trav., art. L. 1226-2-1 et L. 1226-12) ; l'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un emploi en prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail (C. trav., art. L. 1226-2-1 et L. 1226-12).

⁶²⁰FROUIN JEAN-YVES « La rupture pour inaptitude », Droit Social, n° 1, janvier 2012.

s'agissant d'un licenciement pour inaptitude. L'employeur peut en effet en être dispensé lorsque le médecin du travail précise que le maintien du salarié dans l'entreprise serait gravement préjudiciable pour sa santé. C'est ce maintien dangereux pour la santé du salarié qui constitue alors le motif du licenciement⁶²¹.

Liée à l'état de santé réduit de l'individu, la voie du licenciement, même si elle peut être empruntée, reste étroite et est appréciée de façon restrictive en jurisprudence. Ainsi, la Cour de Cassation a pu considérer comme nul au visa de l'ancien article L. 122-45 du Code du travail le licenciement du salarié dont l'inaptitude n'avait pas été constatée après deux examens médicaux ou celui pour lequel le certificat médical ne mentionnait pas expressément qu'une seule visite avait été effectuée⁶²². Pareillement, elle a jugé que si le délai légal de deux semaines entre les examens médicaux n'est pas scrupuleusement respecté, le licenciement est considéré comme discriminatoire car fondé sur l'état de santé de l'intéressé⁶²³. Il convient de noter que depuis l'entrée en vigueur de la réforme de la loi du 8 août 2016⁶²⁴ un seul examen constatant l'inaptitude suffit en principe. L'exigence de deux visites de reprise constatant l'inaptitude n'est plus le principe mais l'exception, contrairement au régime antérieur au premier janvier 2017. Ce n'est que si le médecin du travail l'estime nécessaire pour rassembler les éléments permettant de motiver sa décision, qu'un second examen de reprise doit avoir lieu. Si à l'issue de la première visite de reprise, le médecin du travail estime cette seconde visite nécessaire, celle-ci doit avoir lieu dans un délai qui n'excède pas 15 jours après le premier examen⁶²⁵.

Mais ce qui découle de la jurisprudence susmentionnée, qui demeure applicable en dépit de la modification de la législation, c'est que, à défaut de respect de la procédure de constatation de l'inaptitude, le licenciement constitue toujours une discrimination.

La solution est identique dès lors que le licenciement se fonde sur les difficultés d'un salarié à occuper un poste aménagé en fonction des restrictions formulées par le

⁶²¹ Selon l'article 1226-12 modifié par LOI n°2015-994 du 17 août 2015 - art. 26 et après par la LOI n°2016-1088 du 8 août 2016 –art. 102. Notons qu'une telle disposition n'a pas été prévue auparavant s'agissant des maladies et des accidents non professionnels.

⁶²² Cass.soc. 20 janvier 2010, n° 08-45.270 : JurisData n° 2010-051021, Bull. civ.2010, V, n 19, JCP S 2010, 1127, note P-Y. Verkindt.

⁶²³ Cass.soc. 20 sept. 2006, n° 05-40.241 : JurisData n° 2006-035017, JCP S 2006, 1890, note P-Y. Verkindt.

⁶²⁴ C'est-à-dire depuis le premier janvier 2017

⁶²⁵ Code du travail R 4624-42 modifiée par le décret n°2016-1908 du 27 décembre 2016- art. 1

médecin du travail. Faisant suite, en l'espèce, à un avis d'aptitude (certes avec quelques réserves), le licenciement ne peut être fondé que sur l'état de santé de l'intéressé.⁶²⁶ En l'absence de constatation de l'inaptitude, le licenciement est nécessairement discriminatoire. De même, la seule mention de l'inaptitude du salarié ne constitue pas « l'énoncé d'un motif précis de licenciement » dès lors que l'impossibilité de reclassement n'a pas été indiquée dans la lettre de notification.

La constatation régulière de l'inaptitude, le salarié dont l'état de santé s'est dégradé doit toujours bénéficier de recherches actives de reclassement. Par conséquent, le licenciement, motivé uniquement par l'inaptitude, serait nécessairement discriminatoire. À cet égard, la justification de recherches diligentes de réaffectation du salarié inapte protège de la discrimination. C'est précisément pourquoi la Cour de cassation considère toujours que l'inaptitude, même totale, ne dispense pas de l'exécution de l'obligation de reclassement.⁶²⁷ Une solution contraire aboutirait à fonder directement le licenciement sur l'état de santé dégradé du travailleur, ce qui constituerait une discrimination.

Au final, la constatation d'une inaptitude présente un double intérêt. Cet avis médical permet en premier lieu de prendre en compte directement l'état de santé altéré du travailleur pour éventuellement envisager, dans un cadre très précis, son licenciement. En second lieu, l'existence de cette appréciation est exclusive de toute discrimination des lors que les garanties reconnues par la loi au salarié inapte sont respectées, notamment les recherches de réaffectation. À défaut, la discrimination est consommée⁶²⁸.

En définitive, seuls le constat d'inaptitude et les recherches subséquentes de reclassement légitiment le licenciement du travailleur incapable médicalement d'occuper l'emploi pour lequel il a été initialement recruté. Ce faisant, ces exigences impératives permettent également de contourner le principe d'interdiction des discriminations. Il se vérifie donc que l'égalité impose de traiter pareillement ce qui est égal et différemment ce qui est inégal.⁶²⁹

⁶²⁶ Cass.soc. 14 juin. 2007, n° 06-43.443 : JurisData n° 2007-039560, JCP S 2007, 1670.

⁶²⁷ Cass.soc. 10 mars 2004, Bull. Civ. 2004, V, n° 84 ; Cass. Soc., 19 oct.2005 : RJS 2006, n° 38 ; Cass.soc., 20 sept. 2006, n° 05-40.526 : JurisData n° 2006-035018.

⁶²⁸ HEAS FRANCK, « État de santé, handicap et discrimination en droit du travail », La semaine juridique-édition social, n° 24, 14 juin 2011.

⁶²⁹ Terre F., La proportionnalité comme principe ? : JCP G 2009, 25.

Il ressort, de ce qui précède, que l'inaptitude n'est pas l'antonyme de l'aptitude. La personne inapte est une personne potentiellement apte mais dont l'aptitude connaît un raté, l'état normal est l'aptitude, l'inaptitude n'est qu'un accident dans l'évolution du rapport de travail. Le salarié dont l'inaptitude a été constatée ne peut donc être privé de son emploi.

En revanche, à partir du moment où l'inaptitude est déclarée par le médecin du travail, quelle que soit la cause de l'inaptitude, professionnelle ou non, l'employeur devra proposer au salarié un autre emploi approprié à ses capacités (article L. 1226-2 et L. 1226-10 Code du travail). Ces dispositions obligent à combiner le droit à l'emploi et le droit à la protection de la santé du salarié.

a. L'obligation de reclassement

Prenant appui sur l'alinéa 2 de l'ancien article L. 241-10-1 du Code du travail, la Cour de cassation a mis à la charge de l'employeur une obligation de proposer un autre emploi approprié aux capacités du salarié. Cette obligation est, peut-on dire, autonome, à la charge exclusive de l'employeur qui ne saurait se retrancher derrière le paravent des avis plus ou moins explicites donnés par le médecin du travail. Même un avis d'inaptitude définitive ne libère pas le chef d'entreprise de ses responsabilités : il rendra simplement plus aisée la preuve de ce que l'obligation a été respectée. L'employeur ne saurait se retrancher derrière l'absence de propositions émanant du médecin du travail : il doit les solliciter au besoin, dès lors que le salarié n'est pas inapte à tout emploi⁶³⁰. Un échange doit ainsi s'engager entre le chef d'entreprise et le médecin du travail, dans la recherche d'un emploi approprié. Il appartient à l'employeur d'apporter la preuve de l'impossibilité de reclasser le salarié⁶³¹. Cette obligation, de création jurisprudentielle, illustre l'évolution de la conception actuelle de la relation de travail selon laquelle la rupture du contrat n'est légitime qu'une fois épuisées les tentatives de flexibilité interne.

⁶³⁰Cass. soc. 27 mars 1990, *RJS* 6/1990.335 ; 3 déc. 1992, *Liaisons soc.*, légis. soc., 1993, n° 6820 ; 27 oct. 1993, *ibid.*, n° 6960, *CSB* 1993.297, A. 61, *Dr. soc.* 1993.961, D. 1994, IR 29, *RJS* 12/1993, n° 1189 ; 9 mai 1995, *RJS* 6/1995, n° 638 ; à comparer pour un accident du travail, Cass. soc. 24 nov. 1993, D. 1994, IR 38

⁶³¹J.-Y. Frouin, La protection de l'emploi des salariés victimes d'une maladie ou d'un accident, *RJS* 2/1995.773 ; Cass. soc. 13 déc. 1995, *Dr. soc.* 1996.427

La loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992⁶³² consacre l'obligation jurisprudentielle de reclassement et l'assortit d'un délai maximum pour agir : sous la rubrique « Règles particulières aux salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi », il est dit à l'article L. 122-24-4⁶³³, alinéa 1^{er} [nouvel art. L.1226-2, modifié par la Loi n 2016-1088 du 8 août 2016-art. 102 (V)] : « *Lorsque le salarié victime d'une maladie ou d'un accident non professionnel est déclaré inapte par le médecin du travail, en application de l'article L. 4624-4, à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités. Cette proposition prend en compte, après avis des délégués du personnel lorsqu'ils existent, les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur les capacités du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise. Le médecin du travail formule également des indications sur la capacité du salarié à bénéficier d'une formation le préparant à occuper un poste adapté. L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, aménagements, adaptations ou transformations de postes existants ou aménagement du temps de travail.* »

En outre, l'avis du médecin du travail déclarant un salarié inapte à tout emploi dans l'entreprise ne dispense pas l'employeur d'établir qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité de reclasser le salarié au sein de l'entreprise et le cas échéant au sein du groupe auquel elle appartient, au besoin par des mesures telles que mutations, transformations de poste de travail ou aménagements du temps de travail⁶³⁴.

Il faut mentionner aussi que la réforme de l'inaptitude issue de la loi travail s'applique également aux salariés en contrat à durée déterminée déclarés inapte, hormis les règles spécifiques à la procédure de licenciement (entretien préalable, lettre de licenciement...). L'employeur peut ainsi rompre de manière anticipée le contrat à durée déterminée en cas d'impossibilité de reclassement, de refus de reclassement ou si l'avis du médecin du travail mentionne expressément que "tout maintien du salarié dans

⁶³²D. 1993.110, *rect.* 220

⁶³³MAZEAUD ANTOINE, « Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle », mars 1997 (dernière mise à jour : décembre 2010).

⁶³⁴Soc 9 juill 2008 D. 2008. AJ 2229, RJS 2008, 805, n 982, JCP S 2008, 1507 obs. Verkindt., Soc. 16 sept 2009, D. 2009 AJ, RJS 2009. 750 n 848, Dr. soc 2009. 1190 note Savatier, Dr Ouvrier 2010. 46, obs. Lacoste - Mary.

l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé" ou que "l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi" (C. trav., art. L. 1226-20).

Or, il convient de noter qu'avec la réforme à Loi n 2016-1088 du 8 août, l'employeur pourra désormais **rompre le contrat de travail** dès l'instant que le médecin du travail aura noté sur son avis que *tout maintien du salarié dans l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi*. Jusqu'à présent l'employeur devait tout de même rechercher un reclassement même dans ce cadre-là, ce qui était bien sûr dénué de bon sens articles L. 1226-2-1, alinéa 2 pour la maladie ou l'accident non professionnel, 1226-12, alinéa 2 pour la maladie ou l'accident professionnel.

Enfin, la recherche de reclassement doit être menée de bonne foi, ce qui n'est pas le cas lorsque l'employeur assortit les offres de reclassement de contraintes multiples⁶³⁵.

b. Cadre de la recherche d'un reclassement

Le périmètre de la recherche de reclassement a par ailleurs été constamment étendu et dépasse désormais l'entreprise puisqu'elle doit être réalisée dans le cadre du groupe auquel l'entreprise appartient parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation autorisent la permutation de tout ou partie du personnel⁶³⁶.

La Cour de cassation vient sur ce point de rendre une décision très évocatrice de ses exigences. Dans un arrêt du 9 janvier 2008⁶³⁷, elle approuve une cour d'appel d'avoir considéré comme étant sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié inapte alors que la recherche du reclassement n'avait pas été poussée jusqu'à la société-mère du groupe situé aux États-Unis.

En outre, la possibilité de permutations au sein d'un groupe est établie dès lors qu'est constatée l'existence de sociétés ayant un papier à en-tête identique, les mêmes coordonnées, le même numéro de téléphone et leur siège social au même endroit, et que

⁶³⁵Soc. 21 janvier 2009, RJS 4/09 n 337.

⁶³⁶Soc. 19 mai 1998, Bull. Civ. V, n° 264, RJS1998. 548, n° 846. 16 juin 1998, Bull. Civ. V, n° 322, RJS 1998.623, n° 975.

⁶³⁷Soc. 9 janvier 2008 RJS 2008 n° 271.

s'est tenue une réunion ayant eu pour objet d'examiner les possibilités de reclassement au sein de ces sociétés⁶³⁸.

c. Contenu de l'obligation de reclassement

La Cour de cassation précise que l'emploi de reclassement dans lequel peut être réaffecté le salarié inapte doit répondre à une double exigence. Il doit s'agir d'un emploi, d'une part, approprié aux capacités du travailleur et, d'autre part, aussi comparable que possible à l'emploi occupé précédemment.

En premier lieu, l'emploi de reclassement doit pouvoir être effectivement occupé par le salarié inapte qui présente, par définition des capacités réduites. À cet égard, l'appréciation du médecin du travail demeure déterminante. Ainsi, celui-ci dispose d'une compétence générale pour apprécier la corrélation entre le poste de travail et l'état de santé du salarié⁶³⁹. C'est également la raison pour laquelle, en matière d'inaptitude d'origine professionnelle ou non, le législateur distingue l'emploi éventuellement proposé par l'employeur et les tâches susceptibles d'être accomplies par le travailleur. La notion de tâches, plus restrictives, concerne ici exclusivement l'intervention du médecin du travail qui examine l'aptitude de l'intéressé « à exercer une des tâches existant dans l'entreprise »⁶⁴⁰. C'est en revanche à l'employeur d'envisager éventuellement un emploi en vue de favoriser le reclassement. Cet emploi proposé dépend donc de l'appréciation de l'employeur, en fonction des tâches que le salarié est, selon le médecin du travail, en mesure d'accomplir.

En second lieu, l'emploi de reclassement doit être aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé. L'obligation de reclassement ne vise donc pas à imposer à l'employeur de rechercher un emploi similaire. Une telle exigence se retrouve plus précisément en matière de réintégration, dès lors que le salarié a été déclaré apte⁶⁴¹ : l'emploi similaire est alors celui qui comporte le même niveau de rémunération, la même qualification, et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial⁶⁴².

⁶³⁸Soc. 25 mars 2009, JCP S 2009. 1295, obs. Bareges.

⁶³⁹Code du travail, art. L.4624-1

⁶⁴⁰Code du travail, art. L.1226-2 et L.1226-10

⁶⁴¹Code du travail, art. L.1226-8

⁶⁴²Soc. 24 mars 2010, Bull.civ.V. n° 72, D.2010.901, RJS 6/2010, n° 505, JCP S 2010. 1287, note Everaert-Dumont.

Dans l'hypothèse d'une inaptitude, l'emploi de reclassement peut différemment être équivalent à celui occupé initialement. Il s'agirait alors d'un emploi permettant au travailleur de remplir des fonctions analogues ou voisines, avec de très faibles variantes dans l'exécution du labeur. Une telle solution demeure rare, puisque l'état de santé du salarié inapte est nécessairement détérioré. C'est pourquoi le reclassement s'opère plus souvent sur un emploi différent soit d'une catégorie inférieure soit avec un changement de qualification professionnelle. Une adaptation est nécessaire et le salarié reclassé doit alors être accompagné dans son nouveau poste⁶⁴³. Donc, la Cour de cassation a statué qu'à défaut d'emploi disponible aussi comparable que possible au précédent, l'employeur doit rechercher un emploi de catégorie inférieure⁶⁴⁴. La chambre sociale de la Cour de cassation exprime sa préférence pour un aménagement de poste existant plutôt qu'un changement de poste entraînant la modification du contrat de travail, surtout si le médecin du travail a lui-même proposé un tel aménagement⁶⁴⁵. Elle considère aussi que le télétravail ou le travail à domicile peuvent constituer une forme utile de reclassement⁶⁴⁶.

En outre, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser que l'emploi de reclassement proposé doit être aussi comparable que possible à l'emploi précédent, celui qui ne peut être occupé faute d'une formation initiale suffisante du salarié ne peut correspondre.^{647, 648} Les précisions ci-dessus amènent à considérer que le reclassement du salarié ne peut être envisagé que dans un emploi compatible pour lequel, les aptitudes, capacités et compétences du salarié inapte n'en sont pas trop éloignées. Si

⁶⁴³ Soc. 17 février 2010, n° 08-45.610, S STDC Casino barrier c. Bagnol.

⁶⁴⁴ Cass. soc. 17 février 2010, pourvoi n° 08- 44298

⁶⁴⁵ Cass. soc. 26 avril 2007, pourvoi n° 06-41541

⁶⁴⁶ Cass. soc. 15 janvier 2014, pourvoi n° 11-28898

⁶⁴⁷ Soc. 7 mars 2012 n° 11-11.311

⁶⁴⁸ Les articles L. 1226- 2 et L. 1226-10 du Code du travail ne précisent pas⁶⁴⁸, en effet, si les capacités à prendre en considération s'entendent des seules capacités physiques telles que spécifiées par le médecin du travail dans son avis médical ou si elles englobent les capacités professionnelles du salarié. À travers, la décision du 7 mars 2012 n° 11-11.311, n° 683 FS-PB, (Ste Ciffreo Bona c/Bentoumi) la chambre sociale de la Cour de Cassation prend position en faveur d'une acception large du terme, ce qui est cohérent avec sa construction jurisprudentielle qui met à la charge de l'employeur une obligation de reclassement exigeante. La solution s'explique aussi par l'idée que si l'employeur a une obligation d'adaptation des salariés à leur poste de travail, consacré par l'article L 6321-1 du Code du travail, la Cour de cassation admet toutefois que cette obligation ne saurait impliquer la mise en œuvre d'une formation initiale qualifiante qui fait défaut (Cass. Soc. 30 mars 2005 n° 03-47.534, Cass. Soc. 22 juin 2011 n° 10-18.236). Il ne s'agit donc pas pour l'employeur de former le salarié à un métier sans rapport avec ses compétences professionnelles. Ainsi, dans le cadre de l'obligation de reclassement, le poste proposé doit être compatible avec la qualification professionnelle de l'intéressé (Cass.soc. 4 mars 2008 n° 06-41.657, Cass. Soc. 5 octobre 2011 n° 08-42.909).

une action de formation professionnelle est insuffisante pour assurer le reclassement, c'est que l'emploi de réaffectation n'est pas approprié. Outre l'état de santé réduit du salarié, l'exécution de l'obligation patronale de reclassement impose, par conséquent, de considérer le profil de l'intéressé.

La jurisprudence se révèle ici cohérente, puisque le faible niveau de qualification professionnelle du salarié⁶⁴⁹, ses compétences techniques et linguistiques limitées⁶⁵⁰ ou son illettrisme⁶⁵¹ permettent à l'employeur d'établir l'impossibilité de réaffectation, sans encourir de sanction pour manquement à l'obligation de reclassement⁶⁵². En ce sens, la Cour a statué que « si l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, au besoin en leur assurant une formation complémentaire, il ne peut lui être imposé d'assurer la formation initiale qui leur fait défaut⁶⁵³ », ou une formation « dépassant le niveau de l'obligation de formation et d'adaptation qui incombe à l'employeur.⁶⁵⁴ » Les arrêts établissent donc une distinction selon que l'occupation d'un autre poste suppose une « formation initiale, longue et coûteuse⁶⁵⁵ » ou au contraire une « légère adaptation⁶⁵⁶ », cette dernière situation n'exonérant pas l'employeur de son obligation de reclassement.

En outre, nous avons déjà indiqué que c'est à l'employeur de prendre l'initiative de reclasser le salarié. Toutefois, les préconisations du médecin du travail viennent, d'une certaine manière, circonscrire le pouvoir de direction de l'employeur. En effet, l'employeur doit prendre en compte les propositions de mesures individuelles que le médecin du travail est habilité à faire⁶⁵⁷.

Dès lors que la procédure de licenciement a été engagée avant même que l'inaptitude du salarié ait été définitivement constatée, la recherche de reclassement

⁶⁴⁹ Soc. 5 oct. 2011 n° 08-42.909, RJS 12/201, N 931

⁶⁵⁰ Soc. 22 Juin 2011, N 10-18.236

⁶⁵¹ Soc. 7 juill. 2004

⁶⁵² Héas Franck, La réaffectation du salarié inapte, *Revue de droit du travail*, 2012, p. 358

⁶⁵³ Cass. soc. 3 avril 2001, pourvoi n° 99-42188, bull. civ. 2001, V, n° 114

⁶⁵⁴ Cass. soc. 17 mars 2015, pourvoi n° 13-24698

⁶⁵⁵ Cass. soc. 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-43346

⁶⁵⁶ Cass. soc. 27 mai 2015, pourvoi n° 13-18313

⁶⁵⁷ Cass. soc 23 sept. 2009, RJS 12/09 n° 945

n'est pas sérieuse et le licenciement est nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse⁶⁵⁸.

En outre, l'avis d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise délivré par le médecin du travail ne dispense pas l'employeur, quelle que soit la position prise alors par le salarié, de rechercher les possibilités de reclassement. Aussi, l'employeur ne peut se retrancher derrière l'absence de propositions émanant du médecin du travail⁶⁵⁹. Elles s'imposent à lui et, s'il les estime insuffisamment explicites, il est obligé de solliciter le médecin du travail pour obtenir des éclaircissements⁶⁶⁰.

L'employeur ne peut, en effet, substituer sa propre appréciation à celle délivrée par le médecin du travail pour apprécier l'aptitude du salarié à un poste de travail⁶⁶¹, aussi la consultation d'un médecin autre que le médecin du travail ne peut se substituer à celle de celui-ci⁶⁶².

De plus, il se peut que le reclassement rende nécessaire une réorganisation d'autres postes de travail. Pour autant, on ne saurait, semble-t-il, obliger l'employeur à faire une offre de modification des contrats de travail d'autres salariés. Si néanmoins la réorganisation n'affecte que les conditions de travail, le refus des salariés de s'y soumettre serait injustifié.⁶⁶³

Enfin, selon Franck Héas,⁶⁶⁴ par la décision de la Cour de cassation⁶⁶⁵ du 7 mars 2012, s'ensuit le caractère continu des obligations de reclassement. La réaffectation du salarié inapte doit en effet permettre le maintien durable et pérenne du salarié dans l'emploi qui lui a été proposé. Il est ainsi de jurisprudence constante qu'il est impossible de reprocher à un salarié victime d'un risque professionnel de ne pas pouvoir remplir correctement les nouvelles attributions qui lui ont été confiées. L'inadéquation entre l'individu et l'emploi proposé conformément à l'obligation de reclassement demeure liée à l'accident du travail ou à la maladie professionnelle, en conséquence, la rupture

⁶⁵⁸Soc. 26 janv.2006 .D. 2005. IR 522, ibid. Pan. 2504, obs. Lardy-Pélissier, Dr. soc. 2005. 381, note Lacote-Mary, JS Lamy 2005, n° 162-6.

⁶⁵⁹Soc. 9 mai 1995, RJS 1995. 421, n° 638

⁶⁶⁰Soc. 9 mai 1995, RJS 1995 n° 638.

⁶⁶¹Soc 11 mars 2009, 2009, RJS 5/09 ° 441, CA Bordeaux 15 juin 2010 RDT 2010, p. 578, note B. Lardy-Pélissier.

⁶⁶²Soc. 28 juin 2006, RJS 2006. 785, n° 1057.

⁶⁶³V. J. Savatier, p. 394 et *Dr. soc.* 1997.313

⁶⁶⁴Héas Franck, La réaffectation du salarié inapte, *Revue de droit du travail*, 2012, p. 358

⁶⁶⁵Soc. 7 mars 2012 n° 11-11.311

du contrat de travail n'est envisageable qu'en cas d'impossibilité de reclasser à nouveau⁶⁶⁶.

Ainsi, l'employeur doit proposer au salarié inapte, ne pouvant s'adapter à l'emploi dans lequel il a été reclassé, un autre emploi approprié à ses capacités⁶⁶⁷. De même, l'échec de deux tentatives de reclassement ne dispense pas l'employeur de nouvelles recherches de réaffectation⁶⁶⁸. L'affectation du salarié inapte dans un emploi se révélant inapproprié ne libère pas l'employeur de l'obligation de reclassement. En refusant que celui-ci justifie le licenciement par l'inadaptation réelle du salarié à l'emploi de reclassement (le salarié ne pouvait pas y travailler seul), la Cour de cassation confirme dans l'arrêt du 7 mars 2012 le caractère continu de l'exécution de l'obligation de reclassement.

Face à cette contrainte, l'employeur n'est pas démuni. Avant le premier janvier 2017, il pouvait se retourner vers l'inspecteur du travail. Ce recours à l'inspecteur du travail, qui était très peu sollicité en pratique, a été considéré envisageable pour résoudre une complication consécutive au reclassement du salarié inapte.⁶⁶⁹

Désormais, si l'employeur ou même le salarié conteste les éléments de nature médicale justifiant les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail après le 1er janvier 2017, il doit saisir la formation de référé du conseil de prud'hommes d'une demande de désignation d'un médecin-expert inscrit sur la liste des experts près la cour d'appel.⁶⁷⁰ La saisine de la formation de référé doit être effectuée dans un délai de 15 jours à compter de la notification du document contesté.⁶⁷¹ Le demandeur (salarié ou employeur selon le cas) en informe le médecin du travail.⁶⁷² Le médecin-expert peut demander au médecin du travail la communication du dossier médical en santé au travail du salarié ; le secret professionnel ne pourra pas lui être opposé.⁶⁷³ La formation de référé ou, le cas échéant, le conseil de prud'hommes saisi au fond peut en outre charger le médecin inspecteur du travail d'une consultation

⁶⁶⁶ Soc. 7 mai 1987, Jurispr. soc. 1987, n° 87-493, p. 403.

⁶⁶⁷ Soc. 10 janv. 1991, RJS 1991, n° 368.

⁶⁶⁸ Soc. 22 janv. 1991, Bull. civ. V, n° 31.

⁶⁶⁹ Code du travail, art. L. 4624-1, dern. al.

⁶⁷⁰ C. trav., art. L. 4624-7 et R. 4624-45

⁶⁷¹ C. trav., art. L. 4624-7 et R. 4624-45

⁶⁷² C. trav., art. L. 4624-1

⁶⁷³ C. trav., art. L. 4624-1

relative à la contestation, à tout moment, y compris dans la phase de conciliation ou de délibéré.⁶⁷⁴

Il est remarquable que dans l'affaire du 5 février 2009⁶⁷⁵, le tribunal administratif de Nantes a considéré que, dès lors que le contrat de travail était rompu à la date laquelle l'inspecteur du travail avait été saisi, « les dispositions de l'article L.241-10-1 du Code du travail, qui organisent, dans le cadre du contrat du travail, un recours de l'employeur ou du salarié à l'encontre de l'avis émis par le médecin du travail, afin de permettre des mutations ou des transformations de postes, ne trouvaient pas à s'appliquer. » Ainsi, elle a donné la solution qui consiste à dire que si le salarié a été licencié, il ne peut plus saisir l'inspecteur (désormais le conseil de prud'hommes selon l'article L.4624-7 et R4624-45), celui-ci n'étant plus compétent pour se prononcer sur son aptitude à occuper le poste.

Cette solution paraît la plus conforme à l'objet du texte, sans pour autant priver le salarié des garanties auxquelles il a droit, vu que, bien que les travaux parlementaires ne donnent aucune indication sur l'intention du législateur, les dispositions de l'article L. 4624-1 visent manifestement à protéger le salarié dans le cadre de l'exécution du contrat de travail⁶⁷⁶. D'ailleurs, le salarié lui-même a tout intérêt à agir rapidement, puisque s'il n'obtient gain de cause qu'après avoir été licencié, il n'aura pas droit à réintégration mais seulement à réparation.

Cependant, cette jurisprudence a été critiquée par la doctrine au motif que, si le salarié était finalement déclaré apte, il devait être non seulement indemnisé mais également réintégré, le fondement de son licenciement ayant disparu. Mais, si la Cour de cassation a choisi de retenir une solution de compromis, c'est sans doute parce qu'elle a pris en compte le fait que l'employeur, qui avait en toute bonne foi procédé au licenciement, se trouvait piégé par ce mécanisme permettant à l'autorité administrative de remettre en cause tardivement l'avis du médecin, rendant ainsi rétroactivement répréhensible un licenciement qui, en réalité, ne l'était pas.

Enfin, peut également et une jurisprudence ancienne précise qu'appartient à l'employeur même, en cas de difficulté ou de désaccord tenant à l'inaptitude du salarié à occuper l'emploi de reclassement proposé par le médecin du travail, de solliciter l'avis

⁶⁷⁴ C. trav., art. L. 4624-1

⁶⁷⁵ Michel Oge #société SEMG5 février 2009

⁶⁷⁶ Keller Remi « Le salarié peut-il contester indéfiniment l'avis du médecin du travail sur son aptitude physique », Droit Social n° 11, novembre, p. 1043.

de l'inspecteur du travail⁶⁷⁷. Les problèmes résultant de la réaffectation peuvent ainsi être soumis à l'analyse des services de santé au travail. À cet égard, la jurisprudence précise que les échanges de l'employeur avec l'inspecteur du travail et le médecin du travail au sujet du reclassement d'un salarié inapte peuvent permettre d'établir que l'employeur a bien « mis en œuvre les procédures nécessaires au reclassement.⁶⁷⁸ » Cette pratique prononcée par la jurisprudence pouvait être applicable avant l'entrée en vigueur de la L.2016-1088 car la contestation de l'avis d'inaptitude relève désormais du conseil des prud'hommes et non de l'inspecteur du travail.

En tout cas de recours possible, l'intervention du médecin du travail ou au conseil de prud'hommes peut aussi être une garantie de la bonne exécution de l'obligation de reclassement.

d. La portée du reclassement selon la jurisprudence

Dans une affaire de la Cour d'appel de Lyon du 21 octobre 2011⁶⁷⁹, le salarié licencié pour inaptitude physique était chef d'équipe, cariste manutentionnaire et affecté d'un handicap du bras droit. L'employeur soulignait que l'emploi considéré impliquait des tâches de contrôle visuel nécessitant de la manutention, le remplacement de salariés ou de la maintenance, tâches incompatibles avec les prescriptions médicales. La Cour a, quant à elle, relevé que le médecin du travail, après visite du site, avait considéré que le poste pouvait être occupé, que les tâches susmentionnées n'étaient pas visées par la fiche de poste et que l'employeur ne démontrait pas avoir envisagé la transformation du poste, point confirmé, pour la Cour, par son empressement à convoquer les délégués du personnel. La Cour rappelle ainsi la nature de l'obligation de transformation de poste, qui peut imposer la suppression de tout ou partie des tâches d'un emploi et donc de procéder à la modification de sa nature propre. La solution est sévère mais conforme à la loi, même si la portée de cette dernière est souvent méconnue.

En outre, dans l'affaire de la Cour d'appel du 20 octobre 2011⁶⁸⁰, la salariée licenciée pour inaptitude physique était dactylo et contestait l'absence de reclassement en télétravail. L'employeur faisait valoir, notamment, la taille réduite de l'entreprise, la

⁶⁷⁷Soc. 3 oct. 1991, Bull. civ. V, n° 390.

⁶⁷⁸Soc. 7 juill. 2004, Bull. civ. V, n° 195.

⁶⁷⁹CA Lyon, ch.soc., sect. C, 21 oct. 2011, n° 11/01101

⁶⁸⁰CA Paris, pôle 6, 5e ch., 20 oct. 2011, n° 10/00039

nécessité d'un accès physique aux dossiers et du respect de la confidentialité. La Cour a jugé que les tâches n'étaient pas couvertes par la confidentialité, qu'en l'absence d'accès aux dossiers, la transmission des éléments nécessaires pouvait être envisagée et qu'il n'était pas établi d'impact rendant impossible cette organisation. La solution, également sévère, paraît liée au travail de stricte dactylographie. La décision est en tout cas intéressante en ce qu'elle fait écho au nombre croissant de demande de télétravail à la suite d'une inaptitude.

Dans une troisième espèce⁶⁸¹, la salariée licenciée pour inaptitude physique était agent d'entretien, inapte à l'exposition aux poussières, mais apte à un emploi de bureau. La salariée reprochait à l'employeur de ne pas avoir assuré sa réorientation pour lui permettre d'occuper un emploi de bureau et pointait l'absence de recherche de reclassement au sein du groupe.

La Cour a, pour sa part, considéré que l'employeur n'avait pas l'obligation d'assurer une formation diplômante, que la salariée n'avait pas réalisé de diligences en vue de sa réorientation, son niveau de diplôme étant incompatible avec un emploi de bureau, et que la permutabilité du personnel au sein du « groupe » n'était pas établie⁶⁸².

e. Le refus par le salarié du reclassement proposé

Selon la jurisprudence, il appartient à l'employeur de tirer les conséquences du refus par le salarié, déclaré par le médecin du travail inapte à son emploi, du poste de reclassement proposé soit en formulant de nouvelles propositions de reclassement, soit en procédant au licenciement de l'intéressé, le refus du poste de reclassement ne permet pas d'imputer au salarié la responsabilité de la rupture⁶⁸³. C'est-à-dire que le refus du salarié d'accepter la modification ne peut lui rendre la rupture imputable, en l'absence de manifestation non équivoque de démissionner.

La proposition de modification du contrat conforme aux conclusions du médecin du travail y puise sa légitimité, mais, pour autant, le salarié est en droit de la refuser (par ex., réduction du salaire en raison d'un déclassement conforme au nouveau poste). En effet, jusqu'à maintenant la Cour de cassation estimait que le refus d'un poste de reclassement par le salarié ne suffisait pas à prouver que l'employeur avait respecté son

⁶⁸¹ CA Versailles, 5e ch., 20 oct. 2011, n° 10/01452

⁶⁸² Grégory Chastagnol Jurisprudence Sociale Lamy, n°314

⁶⁸³ Soc. 18 avril 2010, Bull.civ.V., n° 140, D 2000.IR 140, RJS 2000.455, n° 659, Dr Soc.2000.782, obs. Frouin.

obligation de reclassement. Ce dernier devait prouver qu'il avait proposé tous les postes de reclassement envisageables⁶⁸⁴.

Mais, il faudra attendre les prochains arrêts de la Cour de cassation pour savoir si cette jurisprudence est remise en cause vu que le nouvel article 1226-12 (modifié par la L.2016-1088 du 8 août 2016 (art. 102 (v))) prévoit que « *L'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie soit de son impossibilité de proposer un emploi dans les conditions prévues à l'article L. 1226-10, soit du refus par le salarié de l'emploi proposé dans ces conditions, soit de la mention expresse dans l'avis du médecin du travail que tout maintien du salarié dans l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi.* »

Ainsi, jusqu'à présent, le seul refus du salarié ne suffisait pas à motiver le licenciement. Dans ce cas de figure, l'employeur devait proposer un autre poste de reclassement ou justifier l'impossibilité de reclassement. Mais, désormais, le Code du travail prévoit que l'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un emploi en prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail. Ce qui pourrait laisser supposer que le refus d'un tel emploi suffirait à motiver le licenciement pour inaptitude puisque l'employeur est considéré avoir respecté son obligation de reclassement et la mention expresse, dans l'avis d'inaptitude du médecin du travail, que tout maintien du salarié dans l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé.

Ensuite, il faut mentionner que refuser un poste de travail peut être considéré comme abusif si le poste de reclassement ne modifie pas le contrat de travail. Ce sont les prud'hommes qui jugent si un refus est abusif ou non. Ainsi, la jurisprudence admet que le refus du salarié puisse être considéré comme abusif lorsque, par exemple, tous les postes proposés sont refusés les uns après les autres alors même qu'ils sont compatibles avec les préconisations du médecin du travail ou lorsque le poste proposé est approprié aux capacités du salarié et comparable à l'emploi précédemment occupé.

Le salarié pourrait contester l'avis émanant du médecin du travail et saisir le conseil de prud'hommes (et avant le 1^{er} janvier l'inspecteur du travail), mais cette

⁶⁸⁴ Cass. soc., 10 déc. 2014, n°13-17.743; Cass. soc., 17 mai 2016, n°14-19.070

contestation ne porterait que sur l'état de santé ou sur le type de poste pouvant être envisagé⁶⁸⁵.

Lorsqu'un salarié refuse le poste de reclassement proposé, l'employeur doit de nouveau demander l'avis du médecin du travail pour savoir si le poste de travail était ou non compatible avec l'état de santé. En l'absence d'autre alternative tenant compte des aptitudes du salarié, l'employeur qui a satisfait à son obligation de reclassement n'a alors d'autre solution que de licencier pour inaptitude, avec paiement de l'indemnité de licenciement⁶⁸⁶.

f. Le refus de l'employeur de reclasser le salarié

Selon la jurisprudence l'employeur est tenu de faire connaître par écrit au salarié les motifs qui s'opposent au reclassement, une notification verbale ne peut remplacer l'écrit exigé par cette disposition légale⁶⁸⁷. La loi du 8 août 2016 (loi travail) a adopté cette obligation prévoyant dans l'article L 1226-12 que « Lorsque l'employeur est dans l'impossibilité de proposer un autre emploi au salarié, il lui fait connaître par écrit les motifs qui s'opposent au reclassement ».

C'est à l'employeur d'apporter la preuve de l'impossibilité ou il se trouve de reclasser le salarié⁶⁸⁸ et de prendre en considération les propositions du médecin du travail⁶⁸⁹.

Si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de verser à l'intéressé, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail » (L 1226-4). La règle s'applique même si le médecin du travail a constaté une inaptitude à tout emploi dans l'entreprise.⁶⁹⁰ En clair, ce texte contraint indirectement

⁶⁸⁵ L'avis médical d'aptitude ou d'inaptitude peut désormais être contesté dans un délai de 2 mois (conformément au décret n° 2012-135 du 30 janvier 2012 qui réforme l'organisation de la médecine du travail) par lettre recommandée avec avis de réception, à l'inspecteur du travail dont relève l'entreprise.

⁶⁸⁶ Si le salarié soulève cette cause de refus il appartient à l'employeur d'en référer au médecin du travail pour obtenir son avis sur la proposition incriminée puisqu'il est tenu d'une obligation de sécurité de résultat envers son salarié. Le salarié peut, quant à lui, saisir l'inspection du travail et son refus de reprendre son travail sur un poste incompatible avec les préconisations du médecin du travail ne constitue pas une faute Cass soc 23/9/2009 pourvoi 08-42629

⁶⁸⁷ Soc. 10 mai 2006, RDT 2006, 184, obs. Pignarre.

⁶⁸⁸ Soc 5 déc. 1995, Dr. soc. 1996, 425, obs. A. Mazeaud.

⁶⁸⁹ Cass. soc. 15 juin 1993, *Action juridique CFDT*, janv. 1994, p. 16

⁶⁹⁰ V. J. Savatier, La protection des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi, *Dr. soc.*, 1993.123

l'employeur à prendre rapidement parti : il doit d'abord s'acquitter de son obligation de reclassement, puis si celle-ci ne peut se réaliser, il convient de procéder au licenciement.

On peut regretter certaines lacunes et maladresses découlant d'une rédaction hâtive de la disposition L 1226-4. Le texte ne vise pas l'hypothèse du salarié inapte ayant un contrat à durée déterminée. En pareil cas, la rupture anticipée ne peut être envisagée. Surtout le législateur ne traite que de l'inaptitude constatée à l'expiration des arrêts de travail lors de la visite de reprise, alors que les mêmes difficultés se présentent lorsque l'inaptitude est constatée à l'occasion des visites périodiques, qui ne font pas suite à une suspension de la prestation de travail.

L'employeur qui n'envisage pas de licencier le salarié pour inaptitude n'a pas à prendre l'initiative d'un examen par le médecin du travail du salarié qui n'a pas demandé à reprendre le travail, il appartient le cas échéant au salarié de solliciter cet examen s'il le juge utile⁶⁹¹. Le médecin du travail peut en effet être appelé à apprécier l'aptitude du salarié, notamment à la demande du salarié mis éventuellement en invalidité, sur le fondement de l'article R. 4624-23. Cette faculté de provoquer la visite de pré-reprise permet de trouver une issue à la situation de blocage résultant de l'absence de reprise d'activité. Dans l'arrêt du 22 octobre 1996, la Cour de cassation considère que cet article trouve à s'appliquer, en l'absence même de reprise, dès lors que le salarié sollicite la visite dite de pré-reprise au cours de laquelle le médecin du travail apprécie son aptitude⁶⁹².

Un important contentieux continue de se développer à propos de l'obligation de reclassement. Sans doute ce contentieux est-il alimenté à la fois par l'ambiguïté même de cette obligation qui constitue la jonction entre la protection du droit à la santé du travailleur et la protection de son emploi, mais aussi par la difficulté de sa mise en œuvre dans les petites et moyennes entreprises.

Selon la jurisprudence française le manquement de l'employeur à son obligation de reclassement entraîne un licenciement sans cause réelle et sérieuse bien que, selon la législation, tout licenciement prononcé en raison de l'état de santé du salarié, ou de son handicap, est nul (L1132-1), sauf s'il résulte d'un avis du médecin du travail (L1133-3).

⁶⁹¹Cass. soc. 18 juill. 1996, *Liaisons soc.*, législ. soc. 1996, n° 7533, *Dr. soc.* 1996.972, *Jurispr. soc. UIMM* n° 97-601, p. 7, *RJS* 10/1996, n° 1035, *CSB* 1996.309, A. 59)

⁶⁹²Cass. soc. 22 oct. 1996, *CSB* 1997.13, A. 4

Afin de donner à l'obligation de reclassement plus d'effectivité⁶⁹³, certaines tendances jurisprudentielles tentent de rapprocher les exigences de reclassement en cas d'inaptitude médicale de celles existant en matière de licenciement économique : ainsi en est-il de l'obligation pour l'employeur d'effectuer ses propositions de reclassement de façon écrite et précise (à rapprocher de L. 1233-4 du Code du travail). Donc, en est-il également de l'élargissement des recherches d'un éventuel poste de reclassement au groupe et non seulement à l'établissement d'appartenance du salarié.⁶⁹⁴

L'on observe que si le juge estime qu'en amont de la recherche d'une solution de reclassement la procédure qui a conduit à émettre un avis d'inaptitude a été mal conduite, le licenciement sera nul. Ainsi, le licenciement intervenu en l'absence d'un avis d'inaptitude ou en présence d'un avis d'inaptitude nul est annulé par la Cour de Cassation car il est discriminatoire⁶⁹⁵. En cas de nullité de licenciement discriminatoire le salarié peut demander sa réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent. L'employeur ne peut pas s'y opposer sauf si la réintégration est impossible. Si le salarié est réintégré dans l'entreprise, il a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre la rupture et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé. S'il refuse la réintégration ou qu'elle est impossible, il a droit aux indemnités de licenciement, indemnités compensatrices de préavis et de congés payés ou indemnité réparant l'intégralité du préjudice.

En revanche, si le juge estime que l'obligation de reclassement n'a pas été respectée, le licenciement sera qualifié de licenciement sans cause réelle et sérieuse. La violation par l'employeur de son obligation de reclassement sera ainsi retenue lorsque l'employeur ne sollicite pas du médecin du travail des propositions de reclassement, lorsqu'il ne tient pas compte de ces propositions ou qu'il ne peut démontrer l'existence d'une recherche sérieuse d'un poste de reclassement. Par ailleurs, si la proposition de reclassement n'est pas conforme aux préconisations du médecin du travail, ou encore si la proposition est floue ou non comparable au statut antérieur de l'intéressé, sans justification, cette obligation sera considérée comme non remplie. La Cour de Cassation

⁶⁹³ FANTONI-QUINTON SOPHIE, « Étendue et limites de l'obligation de reclassement à l'égard des personnes présentant une inaptitude en France », *Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé* [En ligne], 12-1 | 2010, mis en ligne le 1^{er} février 2010, consulté le 20 septembre 2015. URL : <http://pistes.revues.org/1603>

⁶⁹⁴ Couturier G. (2006). Les offres de reclassement. *Droit social*, n° 12, p. 1151-1155.

⁶⁹⁵ Art. L. 1132-1 et L. 1133-3 du C.T. et Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-41325).

a déjà statué que l'indemnité de préavis est due au salarié dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse en raison du manquement de l'employeur à son obligation de reclassement⁶⁹⁶. Aussi, en présence d'un avis d'inaptitude définitif à travailler dans le bâtiment, et en l'absence même de proposition émanant du médecin du travail, le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse⁶⁹⁷, faute pour l'employeur d'avoir recherché d'éventuelles solutions de reclassement alors que l'entreprise a d'autres secteurs d'activité, et que le salarié n'avait pas été déclaré inapte à tout emploi dans l'entreprise⁶⁹⁸.

On peut déduire que les juges interprètent l'obligation de reclassement dictée par l'article L. 1226-2 et l'article L. 1226-10 du Code du travail comme s'inscrivant dans un vaste ensemble cohérent de cette obligation. Ils apprécient que le contour de l'obligation de reclassement du salarié inapte soit calqué sur celle existant en matière de licenciement pour motif économique. Par exemple, comme précité, si le texte vise l'entreprise, les juges considèrent que le reclassement doit être recherché dans le groupe auquel l'entreprise appartient parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation autorisent la permutation de tout ou partie de personnel. Par conséquent, la jurisprudence qualifiant le non-respect de l'obligation de reclassement du salarié inapte comme licenciement sans cause réelle et sérieuse, elle confirme qu'elle souhaite envisager cette obligation dans un vaste ensemble cohérent par un alignement des conditions entre l'inaptitude d'origine professionnelle et d'origine non professionnelle mais plus largement en droit du travail, en bâtissant une obligation générale de reclassement avant licenciement⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶Cass. soc. 26 nov. 2002, n° 00-41633

⁶⁹⁷Le manquement à l'obligation de reclassement rendant le licenciement sans cause réelle et sérieuse, il ne saurait être alloué deux indemnités distinctes ; le droit commun s'applique, l'inaptitude n'étant pas d'origine professionnelle (Cass. soc. 5 déc. 1995, *Dr. soc.* 1996.425.). MAZEAUD ANTOINE, «Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle», mars 1997 (dernière mise à jour : décembre 2010). L'indemnité de préavis ne saurait être exigée si le salarié est inapte à reprendre son emploi précédemment occupé (Cass. soc. 19 févr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 97 ; 26 oct. 1993, *CSB* 1993, p. 295, A. 61 ; 27 oct. 1993, *Liaisons soc.*, législ. soc., n° 6960, 1993, p. 17, *CSB* 1993, p. 297, en annexe ; 16 mars 1994, *CSB* 1994, p. 133, n° 60, A. 26).

⁶⁹⁸Cass. soc. 20 juill. 1987, *Juri-soc.* 1987, F 72 ; 8 juill. 1992, *RJS* 8-9/1992, n° 973 ; inaptitude à exercer l'emploi à temps plein alors qu'une autre salariée avait sollicité à la même époque un emploi à mi-temps : Cass. soc. 15 juin 1993, *RJS* 10/1993, n° 975 ; chauffeur de nuit inapte à son poste, mais « apte aux autres postes administratifs de l'entreprise » : Cass. soc. 17 mars 1994, *CSB* 1994.154, S. 80 ; V. égal. Cass. soc. 10 mai 1995, *CSB* 1995, p. 234, S. 108 ; 19 juill. 1995, *D.* 1995, IR 226, *RJS* 10/1995, n° 1016, *CSB* 1995.285, A. 53, *Dr. soc.* 1995.931, *Bull. civ.* V, n° 254

⁶⁹⁹LACOSTE-MARY VALERIE, « Inaptitude et engagement de la procédure de licenciement : l'absence de discrimination », *Le Droit Ouvrier*, septembre 2005, p. 381.

Selon Michel Blatman,⁷⁰⁰ l'on peut se demander si la solution du licenciement sans cause réelle et sérieuse en cas de manquement de l'employeur à son obligation de reclassement du salarié inapte coïncide avec les textes applicables : le principe est en effet celui de la non-discrimination en raison de l'état de santé ou du handicap, avec une *exception légale* tenant au constat de l'inaptitude du salarié par le médecin du travail. Mais lorsque l'employeur manque à son obligation de reclassement, cette exception est-elle encore opérante ? L'article L. 1333-3 dispose en effet, il convient de le rappeler, que « *Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées* ». Cette formulation ne signifie-t-elle pas que, désormais, la discrimination ne peut être écartée qu'à la double condition du constat d'une inaptitude et de mesures objectives, nécessaires et appropriées, ce qui conduirait à considérer le défaut d'exécution de l'obligation de reclassement et le licenciement subséquent comme le contraire de telles mesures ?

En outre, la procédure de licenciement pour motif personnel doit être appliquée et l'indemnité légale de licenciement ou conventionnelle si elle est plus favorable^{701,702} doit être versée. Si le licenciement concerne un salarié dont l'inaptitude est consécutive à une maladie ou un accident non professionnel, le préavis n'est pas exécuté et le contrat de travail est rompu à la date de notification du licenciement. Le préavis est néanmoins pris en compte pour le calcul de l'indemnité légale de licenciement. Dans ce cas, l'inexécution du préavis ne donne pas lieu au versement d'une indemnité compensatrice, sauf si elle est expressément prévue par la convention collective ou selon les tribunaux, si le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse en raison du manquement de l'employeur à son obligation de reclassement consécutive à l'inaptitude⁷⁰³.

⁷⁰⁰ BLATMAN MICHEL, étude « L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseur des droits République française, p. 193.

⁷⁰¹ Le licenciement ouvre droit à l'indemnité de licenciement légale ou conventionnelle si elle est plus favorable (Cass. soc. 20 nov. 1991, n° 88-44796)

⁷⁰² Michel Miné, "Indemnisation conventionnelle du licenciement d'un salarié inapte pour une cause non professionnelle : la fin d'une discrimination liée à l'état de santé (soc. 8 octobre 2014, n°13-11789, à paraître au bulletin)", Revue des droits et des libertés fondamentaux.

⁷⁰³ Cass. soc. 26 nov. 2002, n° 00-41633

D'autre part, le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse, dans la mesure où les juges du fond ont constaté que l'employeur, tout en prenant en considération les recommandations du médecin du travail, s'est trouvé dans l'impossibilité de reclasser le salarié à un poste adapté à ses aptitudes physiques⁷⁰⁴. Dans une circonstance où l'employeur n'a pas fait connaître, avant la rupture, les motifs qui s'opposent à ce qu'il soit donné suite aux propositions du médecin du travail, n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse⁷⁰⁵. Bien entendu ces motifs doivent être donnés lors de l'entretien préalable et devront figurer dans la lettre de licenciement. On peut penser qu'avant même l'engagement de la procédure de licenciement, l'absence d'indication des motifs justifiant le fait de ne pouvoir donner suite aux propositions est susceptible de caractériser un manquement à une obligation de renseignement se rattachant à l'obligation de bonne foi, donnant lieu à réparation du préjudice causé⁷⁰⁶.

Enfin, lorsqu'un salarié est déclaré définitivement inapte à son poste par le médecin du travail, son employeur a pour obligation d'organiser l'ensemble des démarches nécessaires à son reclassement sauf si le médecin du travail mentionne que tout maintien du salarié dans l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi. Lorsqu'aucune solution de reclassement n'est possible, l'employeur doit soit licencier le salarié dans un délai d'un mois suivant l'avis d'aptitude, soit reprendre le versement du salaire⁷⁰⁷.

C. Le reclassement du travailleur handicapé déclaré inapte, au regard de l'obligation d'« aménagement raisonnable »

Comme mentionné plus haut, aux termes de l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, les aménagements raisonnables sont les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant

⁷⁰⁴Cass. soc. 26 oct. 1993, *CSB* 1993.295, A. 61 ; V. égal. Rép.min. 20 sept. 1993, *JOAN* Q18 oct. p. 3580, *Dr. trav.*, déc. 1993, fasc. 28-20 ; Cass. soc. 10 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 349 ; 31 mai 1989, *Jurispr. soc. UIMM*, 1990.11 ; 9 janv. 1992, *ibid.* 1992.91 ; 18 janv. 1995, *ibid.* n° 95-585, p. 214, s'agissant en l'espèce d'une inaptitude partielle de trois mois)

⁷⁰⁵Cass. soc. 17 mars 1993, *RJS* 5/1993, n° 505

⁷⁰⁶MAZEAUD ANTOINE, « Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle », mars 1997 (dernière mise à jour : décembre 2010).

⁷⁰⁷L'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie soit de son impossibilité de proposer un emploi dans les conditions prévues à l'article L1226-10, soit du refus par le salarié de l'emploi proposé dans ces conditions (L1226-12).

pas de charge disproportionnée ou indue et apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales. En outre, le considérant 17 de la directive communautaire 2000/78 indique qu'elle « n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée, sans préjudice de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées ».

En outre, le Code du travail, prévoit spécialement pour les travailleurs handicapés, même s'il n'emploie pas directement cette expression, la nécessité d'aménagements raisonnables, lesquels peuvent consister en une « formation adaptée. »⁷⁰⁸ En effet, aux termes de l'article L. 5213-6 : *« Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10, peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-2. »*

L'article L. 5213-3 dispose que *« Tout travailleur handicapé peut bénéficier d'une réadaptation, d'une rééducation ou d'une formation professionnelle »* ; l'article L. 5213-4 que *« Le travailleur handicapé bénéficie des aides financières accordées aux stagiaires de la formation professionnelle (...) »* ; enfin, conformément à l'article L. 3122-26 : *« Les salariés handicapés mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 5212-13 bénéficient à leur demande, au titre des mesures appropriées prévues à l'article L. 5213-6, d'aménagements d'horaires individualisés propres à*

⁷⁰⁸ BLATMAN MICHEL, étude « L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseur des droits République française, p. 194.

faciliter leur accès à l'emploi, leur exercice professionnel ou le maintien dans leur emploi ».

Il apparaît résulter de l'ensemble de ces éléments convergents de contexte juridique, que l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur devrait être réexaminée à la lumière de la notion d' « aménagement raisonnable »⁷⁰⁹. D'une part, la teneur de l'obligation de reclassement serait *renforcée* pour tenir compte des mesures appropriées nécessaires, telles qu'elles sont définies notamment par les jurisprudences européenne et communautaire, d'autre part, il appartiendrait au juge saisi de vérifier si le refus d'aménagement raisonnable est caractérisé, auquel cas serait encourue la sanction afférente à la discrimination, c'est-à-dire la nullité de la rupture du contrat de travail.

Donc, le juge aurait pour mission de rechercher, de manière concrète et individualisée, si l'employeur a procédé aux « *modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant de charge disproportionnée ou indue apportée, en fonction des besoins dans une situation donnée* » - *que les personnes en situation de handicap sont en droit d'attendre, aux fins de se voir assurer « la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales* ». Cette recherche devrait porter tant sur les différents procédés permettant au travailleur handicapé d'exercer une activité au sein de l'entreprise, que sur l'importance de la charge ou contrainte représentée pour l'employeur par des aménagements non compensés ou compensables par des aides ou subventions publiques appropriées, prévues à cet effet.

Michel Blatman souligne qu'à cet égard, le Guide de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées à l'usage des parlementaires, établi en 2007 par le Département des Affaires Économiques et Sociales (DAES) du Secrétariat de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (OHCHR) et l'Union interparlementaire (UIP) - organisation mondiale des parlements - , fournit d'utiles précisions. Dans le cas de l'emploi, en effet, la notion d'aménagement « *peut supposer une modification*

⁷⁰⁹ BLATMAN MICHEL, étude « L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseur des droits République française, p. 195.

physique des locaux, l'acquisition de nouveaux matériels ou la modification du matériel existant, la fourniture de l'assistance d'une personne pouvant donner lecture d'un écrit ou connaissant la langue des signes, l'organisation d'une formation ou d'une supervision appropriée, l'adaptation des procédures d'examen ou d'évaluation, la modification des horaires de travail usuels ou l'affectation à une autre personne de certaines des tâches attendues du titulaire d'un emploi ». Dans certains pays, est-il indiqué, « *la loi exige parfois aussi que les organismes publics privilégient le matériel auquel les personnes handicapées ont pleinement accès ou le matériel conçu sur la base du principe d'accès universel, ou bien les prestataires de services dont le personnel comprend une proportion déterminée de personnes handicapées* ».

S'agissant du caractère « raisonnable » de l'aménagement, le Guide explique que, selon la loi d'un certain nombre de pays, les éléments à prendre en considération pour déterminer si l'aménagement demandé suppose une charge disproportionnée *« sont notamment la facilité avec laquelle les modifications requises peuvent être introduites, leur coût, la nature, les dimensions et les ressources de l'entité intéressée, la disponibilité d'autres formes d'appui financier, les risques en matière d'accidents du travail et l'impact sur les opérations et le fonctionnement des entreprises »*⁷¹⁰.

Enfin, dans son étude, Michel Blatman souligne qu'il convient de considérer la question de savoir si la division actuelle en droit français entre les personnes déclarées inaptes à l'emploi et les personnes en situation du handicap va s'atténuer à l'avenir, compte tenu de l'évolution de la notion de handicap sous l'effet de sa définition par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.⁷¹¹

Section 4 : Les questions qui émergent concernant le régime de protection du droit français contre la discrimination fondée sur l'état de santé

⁷¹⁰ Guide de la CIDPH à l'usage des parlementaires, De l'exclusion à l'égalité, réalisation des droits des personnes handicapées, p. 73, 2007, <http://www.un.org/french/disabilities/docs/handbookfrench.pdf>

⁷¹¹ BLATMAN MICHEL, étude « L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseur des droits République française, p. 197.

A. Les perturbations du bon fonctionnement de l'entreprise conduisent-elles à une dérogation de la règle de non-discrimination ?

Jean-Pierre Laborde⁷¹² soutient qu'il convient de distinguer, en bonne logique, le licenciement discriminatoire, directement fondé sur l'état de santé ou le handicap, et le licenciement pour motif personnel à tout le moins susceptible d'être justifié, dès lors que, du fait de sa maladie ou de son handicap, le salarié n'a plus la présence, ou l'aptitude, indispensable au travail. Dans le premier cas, ce sont des considérations qui ne peuvent entrer en ligne de compte tant que la prestation de travail est correctement effectuée, dans le second c'est le bon fonctionnement de l'entreprise qui est au contraire compromis.

Néanmoins, chacun sait qu'il est aussi malaisé d'établir que le licenciement a eu la discrimination pour motif que facile de masquer une mesure illicite en décision utile au bon fonctionnement de l'entreprise. Dans ce point, Jean-Pierre Laborde s'interroge comment suivre fermement le fil d'Ariane dans la diversité, voire, le trouble, des espèces.

S'agissant du salarié séropositif ou encore atteint de troubles psychologiques, comment ne pas craindre qu'un employeur habile ou simplement prudent invoque, non pas la maladie du salarié, mais le malaise qu'elle entraîne auprès de ses collègues de travail, au point de désorganiser le service ou l'entreprise ?

Il est clair que la loi conduit l'employeur ou le juge à examiner seulement l'aptitude du salarié et non pas l'attitude de son entourage. Mais, afin d'évaluer s'il s'agit de licenciement pour motif personnel susceptible d'être justifié, ne devrait-on pas examiner la situation individuelle du travailleur et son entourage dans son ensemble ?

Sur ce point, il convient de relever une affaire jugée en Grèce. Le 13 mai 2005, un salarié saisit le tribunal de première instance d'Athènes. Il se plaignait du fait que « des préjugés sociaux inadmissibles et des considérations taboues dépassées » l'avaient emporté sur la reconnaissance de sa contribution à l'entreprise où il travaillait. Le requérant ajoutait que l'unique motif qui avait amené l'employeur à prendre cette décision était le préjugé (infondé scientifiquement) contre les séropositifs et le prétendu « risque » qu'ils posaient dans leurs relations professionnelles et sociales. Le requérant demandait au tribunal de déclarer nulle la résiliation du contrat, d'ordonner à

⁷¹²LABORDE JEAN-PIERRE, « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », Droit social n° 7/8, juillet-août 1991, p. 615.

l'employeur de continuer à l'employer et à lui verser son salaire, ainsi que diverses autres sommes qu'il chiffrait et, enfin, une somme pour dommage moral.

Par un jugement du 13 juin 2006, le tribunal jugea que le licenciement était illégal. Le tribunal reconnut que la résiliation du contrat avait été motivée uniquement par la maladie du requérant et lui accorda des dommages-intérêts, correspondant aux salaires impayés depuis son licenciement. Le tribunal souligna que l'attitude de l'employeur, même si l'on tenait compte de la pression exercée par ses employés, constituait un abus de droit. Le tribunal releva que l'employeur avait licencié le requérant afin de sauvegarder ce que, de manière erronée, il considérait être une question de relations de travail pacifiques au sein de son entreprise. Enfin, le tribunal considéra qu'il n'était pas nécessaire d'ordonner la réintégration du requérant car celui-ci avait entretemps trouvé un nouvel emploi.

Par un arrêt du 29 janvier 2008, la Cour d'appel rejeta l'appel de l'employeur. À l'instar du Tribunal de première instance, la Cour d'appel admit que l'employeur avait licencié le requérant en cédant aux pressions du personnel afin de préserver un bon climat de travail au sein de son entreprise. La Cour d'appel releva que les craintes des employés de l'entreprise étaient scientifiquement injustifiées, comme cela leur avait été expliqué par le médecin du travail. En effet, en raison du mode de transmission du virus, il n'existait aucun danger pour leur santé. Ainsi, ces craintes étaient en réalité fondées sur des préjugés et non sur un risque avéré.

Par son arrêt du 17 mars 2009, la Cour de cassation cassa l'arrêt de la Cour d'appel : « Compte tenu que le licenciement (...) n'a pas pour cause une malveillance, un esprit de vengeance ou une quelconque agressivité de la part de [l'employeur] envers [l'employé], le licenciement était pleinement justifié par les intérêts de l'employeur, dans le bon sens du terme [intérêts], en ce qu'il a été décidé afin de rétablir le calme au sein de l'entreprise ainsi que son bon fonctionnement. En effet, les employés étaient sérieusement perturbés par la maladie extrêmement sérieuse et contagieuse du [requérant], source pour eux de sentiments d'insécurité et de peur quant à leur santé, ce qui les avait incités à solliciter collectivement et par écrit son renvoi en soulignant que, dans le cas contraire, un problème important se poserait pour le bon fonctionnement de l'entreprise (...) ».

Le salarié a alors formé un recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme (Strasbourg) estimant que cette décision violait les articles 8 (droit au respect

de la vie privée) et 14 (interdiction de la discrimination) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Cour européenne des droits de l'Homme (Strasbourg) note que les dispositions relatives à la non-discrimination contenues dans divers instruments internationaux accordent une protection aux personnes atteintes du VIH. Dans ce contexte, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies a reconnu le statut de porteur du VIH comme un des motifs de discrimination prohibés. De plus, un nombre croissant d'instruments internationaux spécifiques prévoient des dispositions conçues pour les séropositifs, incluant notamment l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi, telle la Recommandation n° 200 de l'OIT concernant le VIH et le sida dans le monde du travail.

Sur l'application de l'article 8 : la CEDH rappelle que « la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Cette notion recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et englobe parfois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, dont le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables, le droit au « développement personnel » ou le droit à l'autodétermination en tant que tel ».

Sur l'application de l'article 14 : la CEDH rappelle que « l'état de santé d'une personne, notamment un problème de santé tel que la séropositivité, doit être considéré comme un motif de discrimination relevant de l'expression « toute autre situation » employée dans le texte de l'article 14 de la Convention, en tant que handicap ou au même titre qu'un handicap ».

La CEDH note que « Les personnes porteuses du VIH sont obligées de faire face à de multiples problèmes, de type non seulement médical, mais aussi professionnel, social, personnel et psychologique et surtout à des préjugés parfois enracinés même parmi les personnes les plus instruites ».

La CEDH critique la décision de la Cour de cassation. Elle relève notamment que « le préjugé supposé ou exprimé des salariés ne saurait être invoqué comme prétexte pour mettre fin au contrat d'un employé séropositif. Dans de tels cas, le besoin de protéger les intérêts de l'employeur doit faire l'objet d'une mise en balance minutieuse avec le besoin de protéger ceux de l'employé, qui est la partie la plus faible au contrat, et cela encore plus lorsque celui-ci est séropositif ». Ainsi, la Cour de cassation a « fondé sa décision, pour justifier les craintes des salariés, sur une prémisse manifestement inexacte, à savoir le caractère « contagieux » de la maladie du requérant.

Ce faisant, la Cour de cassation a attribué au bon fonctionnement de l'entreprise le sens que souhaitaient lui attribuer les salariés en l'identifiant à la perception subjective de ceux-ci».

Critiquant la position du gouvernement grec qui défendait la position de la Cour de cassation, la CEDH « considère que l'on ne saurait spéculer sur ce qu'aurait été l'attitude des salariés de l'entreprise si la Cour de cassation avait en l'espèce confirmé la décision des juridictions du fond et, à plus forte raison, s'il existait en Grèce une législation ou une jurisprudence bien établie, protectrices des séropositifs sur le lieu de travail ». La Cour, « à l'unanimité », « dit qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention » et condamne l'État grec à verser au salarié deux indemnités pour réparer le préjudice matériel (plus de 6 000 €) et le préjudice moral (8 000 €) (CEDH 3 oct. 2013, M. I.B. c/ Grèce, Requête n° 552/10, condamnation de la République hellénique).

Selon Michel Miné,⁷¹³ cet arrêt rappelle qu'en période de crise sociale, économique, culturelle et morale, et donc politique, les discriminations à l'encontre des personnes les plus vulnérables s'intensifient.

B. Est-il souhaitable de supprimer l'interdiction de la discrimination fondée sur quelques motifs préconisés et d'en faire une protection contre un concept général de discrimination ?

Une question aussi intéressante consiste à savoir s'il est vraiment possible d'avancer que tout le licenciement qui n'est pas fondé sur la performance ou la prestation de l'intéressé, est susceptible d'être discriminatoire. Puisque l'article L.1132-1 (préc. 122-45) du Code du travail paraît bien maintenant recouvrir tout le champ de ce qui peut être indument reproché à un salarié, quelques auteurs s'interrogent si le moment est venu de proposer une définition d'ensemble de la discrimination.

Antoine Lyon –Caen indique que celle-ci pourrait s'énoncer à peu près de la façon suivante: toute différence de traitement entre les salariés, qui n'est pas fondée sur une différence objective dans la prestation de travail, est constitutive d'une discrimination, sauf exceptions illicites⁷¹⁴. Ce principe général, n'est-il pas déjà en germe aussi bien dans les textes

⁷¹³ Michel Miné, « [Le licenciement d'un salarié fondé sur sa séropositivité est contraire au droit européen](#) », *Alternatives Économiques*, décembre 2013

⁷¹⁴ LYON-CAEN ANTOINE, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. Soc.* 1990, p. 68.

constitutionnels⁷¹⁵ que dans ceux de droit du travail, spécialement dans le lourd appareil de l'article du Code de travail français L.1132-1 ?

Selon Jean-Pierre Laborde⁷¹⁶, il suffirait de le faire apparaître, dans sa force et sa simplicité, de le dégager des limites qui l'enserrent encore et de l'intégrer dans un courant plus large de prééminence des constatations objectives sur les appréciations subjectives, comme en témoigne, à sa façon, la jurisprudence⁷¹⁷. Sans influence sur le contrat, dès lors qu'ils n'affectent point la prestation de travail, la maladie ou le handicap ne peuvent entraîner le licenciement que de façon toute indirecte, quand l'absence ou l'inaptitude qu'ils entraînent portent atteinte au bon fonctionnement de l'entreprise. Le principe de la protection des travailleurs commandera alors, selon Jean-Pierre Laborde, d'interpréter l'état de santé ou le handicap aussi largement que possible, en faisant un atout de l'incertitude de leur définition.

C. La discrimination fondée sur les tests génétiques, constitue-elle une méthode discriminatoire ?

La question des tests génétiques prédictifs dans les relations de travail est venue élargir la réflexion. Les tests génétiques révèlent les caractéristiques biologiques d'un individu ainsi que ses prédispositions à telle ou telle maladie. Le groupe d'experts européens⁷¹⁸ définit le test génétique comme « tout test scientifique réalisé pour obtenir des informations sur certains aspects du statut génétique d'une personne, révélant un problème médical, actuel ou futur ». Selon le groupe, la notion inclut celle de « dépistage génétique » (recours à un test scientifique pour établir si une personne possède des variantes particulières d'un ou plusieurs gènes dans son génome) et celle de « surveillance génétique » (examen pratiqué à intervalles réguliers pour rechercher d'éventuelles anomalies chromosomiques dans des échantillons de cellules de toute personne risquant d'être exposée, dans son travail, à des agents occasionnant des lésions génétique »).

⁷¹⁵ Ainsi du préambule de la Constitution de 1946, selon lequel « nul ne peut être lésé dans son travail ou dans son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances. »

⁷¹⁶ LABORDE JEAN-PIERRE, « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », Droit social, n° 7/8, juillet- août 1991, p. 615.

⁷¹⁷ Soc. 29-11-1990, D 1991, p.1990, note J. Pélissier.

⁷¹⁸ Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne, Avis sur les aspects éthiques des tests génétiques dans la cadre du travail, avis n° 18, 28 juillet 2003, disponible sur le site de l'Agence européenne.

Comme l'a souligné Gérard Lyon-Caen, l'état de santé visé par l'article L. 1132-1 du Code du travail français, doit être compris comme « l'état de santé actuel ou prévisible », ce que la loi française du 4 mars 2002 a confirmé⁷¹⁹. Ce texte n'a pas seulement ajouté les caractéristiques génétiques à la liste des critères illicites des discriminations se trouvant dans l'article L. 1132-1 (ancienne article L 122-45), il a complété la définition du délit prévu à l'article L. 225-3 du Code pénal, en y incluant les discriminations qui se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ».

Enfin la loi a inséré dans le Code civil français un article 16-13 « nul ne peut faire l'objet de discrimination en raison de ses caractéristiques génétiques ». Aussi, selon la circulaire DRT n° 93/11 du 17 mars 1993, l'employeur ne peut en aucune manière rechercher des informations sur l'état de santé ou le handicap d'un candidat à l'embauche ou d'un salarié en dehors de ceux qui figurent sur la fiche d'aptitude établie par le médecin du travail.

Cependant, la question qui se pose est celle de savoir si le droit français, qui prohibe la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques, est susceptible d'accueillir le volet prévention des tests génétiques. Une réponse affirmative peut être envisagée à la lecture de l'article R 4412-44 du Code du travail d'où il résulte qu'« un travailleur ne peut être affecté à des travaux l'exposant à des agents chimiques dangereux pour la santé que s'il a fait l'objet d'un examen médical préalable par le médecin du travail et si la fiche médicale d'aptitude établie à cette occasion atteste qu'il ne présente pas de contre-indication médicale à ces travaux ».

Il s'agit d'un article très discutable en France parce qu'il pose la question de la licéité du recours à une médecine prédictive qui ne se limite pas à déterminer l'aptitude d'un travailleur sur la base de son état de santé à un moment déterminé mais qui entend éliminer les travailleurs dont l'inaptitude apparaît comme une caractéristique potentielle, renforçant de façon considérable le pouvoir patronal. Quels sont les outils dont le médecin du travail dispose afin d'attester que le travailleur ne présente pas de contre-indication médicale à ces tâches ? Les tests génétiques sont-ils inclus à ces outils ? En outre, un avis susceptible de soutenir ce point est que cet examen médical

⁷¹⁹G. Lyon-Caen "Génétique et droit du travail", Rev. Int. Dr. Eco., 1993, n° 1.

préalable de l'affectation de travailleur apparaît comme un moyen de réduire les exigences de prévention collective.

Selon Pascal Lokiec,⁷²⁰ l'application de la discrimination génétique à la relation de travail révèle deux approches possibles des tests génétiques. Les tests génétiques peuvent être appréhendés, dans une première perspective, comme un mode de sélection des salariés, visant à éviter l'embauche de ceux qui ont des prédispositions à être malades et, en particulier, à souffrir d'une longue maladie. Cet objectif de sélection des salariés fait inévitablement pencher les tests génétiques du côté de la discrimination, parfois dénommée « discrimination génétique »⁷²¹.

Une autre approche se développe, destinée à légitimer ces tests au nom de la prévention des risques. Les tests génétiques constitueraient, dans cette seconde perspective, une précieuse aide à la prise de décision en matière de santé dans l'entreprise, au point qu'ils pourraient avoir un impact sur les avis d'aptitude ou sur l'identification de maladies professionnelles.

La thèse de la licéité des tests génétiques dans le cadre de la médecine du travail a certes ses partisans, et le Conseil d'État en France a paru leur apporter un soutien surprenant dans son arrêt du 9 octobre 2002, en considérant que « les médecins du travail disposent d'éléments « d'ordre génétique, comportemental ou historique pour apprécier les risques particuliers que courent individuellement les salariés à être exposés à des agents cancérigènes, mutagènes ou toxiques pour reproduction⁷²² ».

La première objection à cette affirmation de la haute juridiction administrative doit être tirée des incertitudes concernant la validité, la fiabilité et la valeur prédictive des tests génétiques. Ainsi, une inquiétude qui émerge est que de faux négatifs entraîneraient l'exposition éventuelle d'un sujet prédisposé à des degrés inacceptables de risques professionnels tandis que de faux positifs pourraient conduire à l'éviction injustifiée de leur emploi des individus non susceptibles.

Les autres objections relèvent du respect de la dignité humaine, et le Comité national d'Éthique en France les a formulées dans son avis du 30 octobre 1995 : « les tests génétiques apportent des informations sur l'identité des personnes et soulignent

⁷²⁰LOCIEC PASCAL, « La discrimination génétique », *Revue de Droit du Travail*, novembre 2011, page 663.

⁷²¹Lisa N Geller "Individual, Family and Societal Dimensions of Genetic Discrimination: A case study analysis 2 *Sci& Eng. Ethics*" 71, 72 1996.

⁷²²Ce 9 oct. 2002, n 231869, Fédération nationale des accidents du travail et des handicapés, Lebon, *AJDA* 2003. 350

leur diversité qui contribue à la richesse de l'humanité. L'utilisation de ces informations à des fins de sélection ou de discrimination dans la vie sociale et économique, que ce soit dans le domaine des politiques de santé, de l'emploi ou des systèmes d'assurance, conduirait à franchir une étape d'une extrême gravité vers la mise en cause des principes d'égalité en droits et en dignité et de solidarité entre tous les êtres humains⁷²³ ».

En outre, l'on repère *aux États-Unis* le cas de tests génétiques, justifiés par la volonté de l'employeur d'éviter d'engager sa responsabilité en raison du développement de maladies⁷²⁴. Autrement dit, les employeurs cherchent à s'exonérer en invoquant comme cause principale une prédisposition génétique. Un certain nombre de pays, notamment le *Royaume-Uni*, accordent une place, certes modeste, à ce type de démarche. L'Employment Practices Code (2005), qui contient un chapitre sur les tests génétiques, admet qu'ils soient utilisés afin d'obtenir des informations, à la condition qu'il soit établi qu'un travailleur présentant des caractéristiques génétiques identifiées est susceptible de créer un risque aux tiers, ou qu'il soit avéré que tel contexte de travail génère des risques particuliers pour les travailleurs porteurs de certaines caractéristiques génétiques⁷²⁵.

Selon les conclusions du groupe social Genetic Discrimination Monitoring Group, chargé de formuler des propositions afin d'amender la législation britannique sur la discrimination, « L'avènement du séquençage du génome entier à prix bas et la réduction considérable des coûts des tests génétiques en général, fournira la plate-forme à partir de laquelle les tests génétiques pourraient être utilisés à des fins nouvelles et imprévues⁷²⁶ ».

Le Comité Consultatif National d'Éthique avait ouvert la voie, en 1995, avec les plus grandes précautions, en affirmant que « les cas où l'examen des caractéristiques génétiques peut être utile pour prévenir une maladie professionnelle, sont rares dans l'état actuel des connaissances. L'utilisation des tests génétiques dans le cadre de la

⁷²³Le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a été créé en France par le décret en février 1983. C'est un organisme indépendant dont la mission est de donner des avis sur les problèmes éthiques soulevés par les progrès de la connaissance en matière de biologie, de médecine et de santé et de publier des recommandations.

⁷²⁴Affaire du syndrome du canal carpien, *Burlington Northern and Santa Fe Ry Co v White* 548 US 53 (2006).

⁷²⁵Only use genetic testing to obtain information where it is clear that a worker with a particular, detectable genetic condition is likely to pose a serious safety risk to others or where it is known that a specific working environment or practice might pose specific risks to workers with particular genetic variations (art. 4. 5. 3)

⁷²⁶Rapport sur la notion de discrimination génétique, Avril 2011

médecine du travail doit donc être exceptionnelle et strictement réservée à des cas limitativement énumérés, pour lesquels le risque pour l'individu est suffisamment bien établi et ne peut être supprimé par l'aménagement de l'environnement du travail⁷²⁷ ».

C'est en effet outre Atlantique que sont apparues les premières affaires impliquant des tests génétiques, dès les années 1990. L'affaire Northern Santa Fe corporation est la plus emblématique. Une société de chemin de fer a collecté sans leur consentement les données génétiques de ses salariés dans la perspective de recherches destinées à réduire ses coûts liées à l'invalidité des salariés. Ainsi, les employeurs américains trouvent un intérêt financier direct dans la connaissance des caractéristiques génétiques de leurs salariés, le coût de la couverture maladie de leurs salariés étant essentiellement à leur charge, contrairement à la plupart des pays européens.

D'autre part, il est remarquable qu'en 2000, à Hong Kong, la Commission pour l'égalité des chances a contraint les autorités publiques à verser d'importants dommages- intérêts à trois personnes qui n'avaient pas été embauchées parce que leurs parents étaient schizophrènes. Les autorités de Hong Kong avaient cité comme témoin de la défense un psychiatre anglais selon lequel le fait d'avoir un père et une mère schizophrènes impliquait un risque de schizophrénie de l'ordre de 10% contre 1% dans la population générale.

En outre, en Europe, dans plusieurs affaires, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que l'inaptitude peut résulter d'un jugement prédictif sur des troubles futurs⁷²⁸.

Cependant, plusieurs États membres de l'Union européenne (UE), dont *la France, la Suède, la Finlande et le Danemark*, ont introduit une législation prohibant les discriminations génétiques. D'autres pays, notamment *l'Autriche, les Pays-Bas, le Luxembourg, la Grèce et l'Italie* ont interdit ou restreint le recueil de données génétiques sur les employés sans leur consentement explicite⁷²⁹.

Mais dans ce dernier cas, celui du consentement éclairé du travailleur, la question qui se pose est à partir de quelle liberté de choix en vérifier l'existence, qu'il s'agisse du salarié ou du candidat à l'embauche ? Cela suppose aussi qu'existent des preuves

⁷²⁷ CCNE, n 46, 30 oct. 1995

⁷²⁸ Arrêt de la Cour de Justice X c/ Commission du 10 juin 1980 ainsi qu'arrêts du Tribunal de première instance de la CJCE A c/ Commission du 14 avril 1994, X c/ Commission du 9 juin 1994, F c/ Conseil du 23 février 1995, Ioannou c/ Conseil du 18 janvier 2001. L'ensemble de cette jurisprudence intervient dans le cadre de la fonction publique communautaire

⁷²⁹ http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_082591/lang--fr/index.htm

scientifiques de la validité du test et de son caractère indispensable : quel est le mécanisme qui permet de l'établir ? Une condition fondamentale serait que l'examen d'aptitude ne peut être fondé que sur l'état de santé actuel du salarié, un avis d'aptitude fondé sur des risques futurs devient discriminatoire.

Selon Pascal Lokiec, la problématique devient autrement plus complexe si l'on se déplace du côté des usages non discriminatoires des tests génétiques⁷³⁰. Il repère que le droit s'attaque à une pratique en cherchant à en éradiquer les usages les plus abusifs, par le biais principalement des règles de non-discrimination, et il souligne que l'absence de discrimination est toutefois rarement suffisante pour assurer un usage juste et raisonnable de ladite pratique, surtout lorsqu'elle touche la personne humaine d'aussi près que le dépistage génétique⁷³¹.

D'autre part, selon Michèle Bonnechère,⁷³² « la prévention des risques professionnels ne peut se concevoir que fondée sur l'adaptation du milieu de travail et la lutte contre toutes les formes de nuisances et maltraitements au travail, non sur le refus ou la perte d'emploi pour les travailleurs censés être plus fragiles ».

Il est clair que les avantages du recours à la génétique, en termes de prévention individuelle ne pouvant être ignorés, la solution repose probablement sur une meilleure information des travailleurs et des candidats à l'embauche sur les risques professionnels⁷³³. Informer plus en amont, si possible avant de suivre une formation, sur les risques encourus dans le cadre de telle ou telle profession et sur l'existence de tests de prédisposition, permettrait à des personnes inquiètes, notamment en raison de leur histoire familiale, de décider librement de recourir au diagnostic génétique⁷³⁴. Une décision aussi intime doit rester un choix personnel⁷³⁵ sur lequel l'employeur n'a aucune prise et donc aucune responsabilité.

⁷³⁰V. L. Vogel "Le point de vue de la Confédération européenne des syndicats sur l'utilisation de tests génétiques dans le cadre des rapports de travail"

⁷³¹LOKIEC PASCAL, « La discrimination génétique », Revue de Droit du Travail, novembre 2011, p. 663

⁷³²BONNECHÈRE MICHÈLE « Santé sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail », Droit Ouvrier, novembre 2003, p. 453.

⁷³³Art. 27 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile. »

⁷³⁴GIRAULT CAROLINE, « Génétique et emploi », Le Droit Ouvrier, janvier 2011, n° 750, p. 22.

⁷³⁵S. Douay « Prévention rime avec autodétermination et information et non avec soumission et discrimination », Documents pour le Médecin du Travail, n° 102, 2005, p. 83.

Conclusion

Un traitement différent fondé sur l'état de santé du travailleur, si cet état de santé du travailleur n'a pas d'effet négatif sur la relation de travail ou sur le bon fonctionnement de l'entreprise (absentéisme, réduction de la capacité de travail), malmène le droit à la vie personnelle du salarié vu que la santé fait partie de l'intimité de sa vie privée, de son droit à la dignité et de son droit à l'emploi, dans la mesure où il peut conduire à sa mise à l'écart.

En outre, la dignité de l'homme et le respect de la vie privée au travail s'imposent dès lors que « le travail n'est pas une marchandise »⁷³⁶. D'ailleurs, l'employeur tient du pouvoir de direction que lui reconnaît l'ordre juridique « le droit d'évaluer le travail de ses salariés »⁷³⁷, mais il a seulement le droit d'évaluer le travail et non la personne.

Ce n'est que dans ce cadre que l'emploi et, plus généralement, le bien-être d'une personne présentant une maladie ou une inaptitude peut être correctement protégée. Le besoin de protéger les intérêts de l'employeur doit faire l'objet d'une mise en balance minutieuse avec le besoin de protéger les intérêts de l'employé, qui est la partie la plus faible au contrat, ce qui est d'autant plus vrai que l'employé présente une maladie et une inaptitude.

En ce qui concerne les solutions applicables aux travailleurs affecté d'une inaptitude médicale, en France le médecin du travail est habilité à formuler des propositions de mesures individuelles que l'employeur est tenu de prendre en considération. Dans la plupart des législations des États membres de l'Union européenne, adoptant textuellement la directive européenne 2000/78, cette obligation de l'employeur est établie uniquement en faveur de personnes handicapées.

L'obligation des aménagements raisonnables ainsi que celle de reclassement constituent la mesure individuelle la plus importante et, en même temps, un droit personnel du salarié à l'encontre de l'employeur. Cette prérogative individuelle bénéficie à chaque travailleur devenu inapte. D'un certain point de vue, l'existence de

⁷³⁶Déclaration de Philadelphie, 10 mai 1944, concernant les buts et les objectifs de l'Organisation internationale du travail.

⁷³⁷Soc. 10 juill. 2002, n° 00-42.368

ce droit au reclassement peut se justifier, notamment, au regard de l'appartenance du salarié concerné à une communauté de travail.

Cependant le plus important est que cette obligation des aménagements raisonnables et de reclassement constitue un aspect positif de l'individualisation des relations de travail qui pourrait être un outil dans la recherche de solutions en vue d'une protection efficace contre les formes les plus complexes de discrimination fondée sur plusieurs critères qui sont en interaction.

DEUXIÈME PARTIE : La discrimination multiple

Introduction

La plupart des gens possèdent plusieurs identités: nous sommes tous d'un certain âge, homme ou femme, d'une orientation sexuelle et d'une appartenance ethnique, bon nombre appartiennent ou adhèrent à une religion, certains aussi présentent un handicap. Cela signifie qu'une discrimination peut survenir sur la base de plus d'un seul motif.

La Convention internationale de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées est le premier instrument international des droits de l'homme reconnaissant que la discrimination multiple est une réalité affectant les personnes handicapées. Cette convention reconnaît que les personnes handicapées sont généralement plus vulnérables à la discrimination et à d'autres formes de violations des droits de l'homme que les personnes non handicapées⁷³⁸.

Ainsi, les personnes handicapées, dont on a déjà étudié le régime de protection contre la discrimination sur le seul motif du handicap, souffrent souvent de formes complexes et subtiles de discrimination fondée à la fois sur la race ou sur la religion ou sur le sexe et aussi sur le handicap. Les prestataires de services et de soins de santé ont tendance à ignorer leur appartenance ethnique lorsqu'ils conçoivent les structures d'aménagement au handicap, avec pour effet que la culture et l'identité des personnes handicapées s'en trouvent dévalorisées et qu'elles doivent faire face à une plus grande difficulté pour pouvoir accéder aux services appropriés. Dans le même temps, elles peuvent se trouver confrontées à une discrimination par rapport à leur propre communauté en raison de leur handicap.

Néanmoins, la protection contre la discrimination interdite est structurée surtout sur un seul aspect de l'identité personnelle.

Cette partie vise à mettre en lumière la complexité des expériences qu'une personne peut subir en matière de « *discrimination fondée sur plus d'un motif* » **et aussi** les obstacles auxquels se heurte son approche juridique privant d'une protection légale efficace ses victimes.

⁷³⁸ HENDRIKS AART "The UN disability Convention and (multiple) discrimination (should EU non discrimination law be modelled accordingly?)", Citation 2 Eur. Y.B. Disability L. 7 2010

Chapitre I : La protection juridique inefficace contre la discrimination multiple

Section 1: Signification de la discrimination multiple et ses voies différentes

A. La « discrimination multiple » : une construction sociale

Analyser la structure de la discrimination multiple suppose qu'on raisonne à partir des « attributs sociaux » de l'individu. Cela conduit à réfléchir en termes de vulnérabilité de certains groupes sociaux et, partant, de la vulnérabilité accrue de certains individus du fait de leur appartenance à plusieurs groupes considérés comme fragiles. La vulnérabilité n'est toutefois pas une notion juridique bien construite et identifiée.

On peut néanmoins estimer que la loi, lorsqu'elle établit les motifs prohibés de discrimination ⁷³⁹, identifie en réalité certains attributs de l'individu susceptibles de le placer économiquement, socialement ou politiquement en situation de vulnérabilité et de traitement inégal par rapport aux autres. Le fait que se conjuguent plusieurs de ces attributs aggrave cette situation. Il est clair que cette approche réaliste peut heurter une conception plus « idéaliste » du droit qui voit dans la prohibition des discriminations l'énoncé de ce qui est illicite, c'est-à-dire, au fond, de ce qui est inacceptable dans une société démocratique. Mais, les deux conceptions ne sont pas exclusives l'une de l'autre. L'enjeu, pour le droit, est de reconnaître l'identité réelle des individus, afin de garantir leur pleine dignité.

De la vulnérabilité, il peut être tentant d'opérer un glissement sémantique et de parler en termes de « groupes désavantagés. ⁷⁴⁰ » Cela pose problème. En effet, selon le « *modèle français d'égalité* ⁷⁴¹ », il n'y a, *a priori*, pas de groupes désavantagés. Précisément, l'action visant à sanctionner l'existence d'une discrimination suppose que le plaignant fournisse des éléments attestant du fait qu'il est désavantagé par rapport à d'autres. Le simple fait d'appartenir à un ou à plusieurs groupes sociaux considérés comme vulnérables (migrants, femmes, handicapés, ...) n'établit pas juridiquement la discrimination. Néanmoins, il faut observer que **le droit communautaire** a pris certaines distances d'avec la conception universaliste française, en matière de

⁷³⁹ Sexe ou genre, race ou origine ethnique, opinions, âge, état de santé, orientation sexuelle, etc.

⁷⁴⁰ « People can belong to several disadvantaged groups at the same time, and suffer aggravated and specific forms of discrimination in consequence » T. Makkonen

⁷⁴¹ D. Lochak, « Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité », in *Egalité et Discriminations. États-Unis, Europe, France*, Revue Droit et Cultures, n° 49, 2005/1, pp. 15-20.

discrimination. Il reconnaît en effet la légitimité des mesures visant à prévenir ou à compenser les désavantages subis par des groupes de personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée, tout comme il reconnaît la légitimité des mesures habilitant les organisations collectives représentant ces groupes, afin qu'elles agissent pour la promotion de leurs besoins particuliers⁷⁴².

Sans doute faut-il y voir la marque et l'influence de la culture **anglo-saxonne** qui conduit à mettre l'accent sur le fait que la discrimination est avant tout une construction sociale. Il est remarquable que, dans une décision de la Cour Suprême *du Canada*, les juges avaient estimé : « Nous n'aborderons jamais complètement le problème de la discrimination (...) si nous continuons à nous focaliser sur les catégories abstraites et sur les généralisations plutôt que sur leurs effets spécifiques (...) Dans la plupart des cas, le désavantage provient de la manière dont la société traite les individus en particulier, plutôt que d'une quelconque caractéristique propre à ces mêmes individus⁷⁴³. »

Le poids du regard du groupe « dominant », dans une société donnée, sur le ou les groupes « dominés » joue un rôle déterminant. Ainsi, les travaux portant sur les castes en Inde montrent-ils que les discriminations subies par les « intouchables » ne proviennent pas d'éléments objectifs, la foi de ces derniers ou leur origine ethnique, mais plutôt de la perception et de la représentation religieuse du reste de la société à leur égard⁷⁴⁴. Toutefois, cela n'empêche pas les juristes, y compris anglo-saxons, de reconnaître qu'il y existe des situations où la discrimination provient des caractéristiques physiques visibles de l'individu, par exemple, une femme enceinte se trouvera écartée de l'emploi par un employeur qui considérera que l'embaucher entraînera des coûts supplémentaires. Mais, derrière l'argument économique se cache une construction sociale, celle des rôles implicitement impartis aux hommes et aux femmes qui font qu'un « futur jeune papa » ne présentera *a priori* pas le même risque d'absentéisme qu'une femme enceinte aux yeux d'un employeur.

Selon Sandra Fredman, Professeur de droit, Université d'Oxford, l'effet cumulatif de la discrimination fondée sur le genre en intersection avec d'autres motifs est le plus marquant. Les femmes appartenant à une minorité ethnique, les femmes âgées, les

⁷⁴² Le point 17 du préambule de la directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

⁷⁴³ Affaire Egan v. Canada 1995

⁷⁴⁴ K.N. Ruwanpura, *Exploring the links of multi discrimination: considering Britain and India*, International Institute for Labour Studies, Geneva, 2005

femmes de race noire et les femmes handicapées comptent parmi les groupes les plus défavorisés dans de nombreux États membres de l'UE. Les gays ou lesbiennes qui sont membres de minorités ethniques, les personnes handicapées de race noire, les jeunes appartenant à une minorité ethnique ou les personnes âgées handicapées vivent une discrimination multiple ou intersectionnelle similaire⁷⁴⁵. Il en va de même du harcèlement sexuel. Un comportement qui serait considéré comme harcelant et insultant vis-à-vis de femmes blanches peut être considéré comme l'étant un peu moins vis-à-vis d'autres femmes en raison des images de préjugés qui cataloguent les femmes noires ou les femmes immigrées comme des femmes de mœurs faciles ou peu sensibles⁷⁴⁶.

A l'origine des discriminations, il y a donc des stéréotypes socialement construits, certains positifs, d'autres négatifs, associés aux différentes catégories sociales⁷⁴⁷. La discrimination se manifeste à la fois dans une réalité économique, par exemple, des statuts d'emploi systématiquement dévalués pour certaines catégories, mais aussi dans des constructions sociales qui sont le fruit de processus historiques et qui se reflètent dans les agencements institutionnels. C'est dans cette optique que doit être appréhendée la discrimination multiple. Cependant, la difficulté majeure réside dans la qualification juridique de la discrimination « intersectionnelle. » Comment établir et sanctionner le fait que le préjugé à la source de la différence de traitement porte sur la conjonction de deux éléments⁷⁴⁸ ?

B. La « discrimination multiple » apparaît pour la première fois dans les sciences sociales

L'intérêt des auteurs pour l'identification et la compréhension du phénomène de discrimination multiple est relativement nouveau. En effet, la question de la discrimination multiple est d'abord apparue dans les sciences sociales, en particulier en Amérique du Nord. Les chercheurs se sont au départ intéressés à la situation des femmes noires et à l'interaction qu'il peut y avoir entre genre et race. L'objet de ces

⁷⁴⁵FREDMAN SANDRA, « Un double problème : la discrimination multiple et la législation de l'Union européenne », *Revue du droit européen*, édition n° 2, 2005, p.13.

⁷⁴⁶K Crenshaw "Race, Gender and Sexual Harassment" (Race, genre et harcèlement sexuel), 65 *Southern California Law Review* 1467.

⁷⁴⁷Ce que montrent particulièrement les travaux de T. Makkonen, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, April, 2002.

⁷⁴⁸MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 585

travaux est de montrer que certains groupes sociaux sont à même de vivre des expériences de discrimination spécifiques et distinctes de la discrimination fondée seulement sur le genre ou sur la race⁷⁴⁹. Il est assez évident que ce genre d'approche s'inscrit dans un mouvement de politisation des différences et des discriminations⁷⁵⁰.

Dans un contexte historique, le concept et la définition de la discrimination multiple ont vu le jour à la fin des années 1980 et au début des années 1990. Il est remarquable que Gloria Hull, dans son étude en 1982 soulignant la nécessité d'une protection contre la discrimination des femmes noires a mentionné « Toutes les femmes sont blanches, tous les Noirs sont des hommes, mais certains d'entre nous sont courageuses ! ».

Ensuite, le terme de « la discrimination multiple » a été introduit largement aux États-Unis par Kimberlé Crenshaw, juriste et auteure américaine⁷⁵¹. Crenshaw et d'autres auteurs ont fait émerger l'approche de la théorie critique sur la race. Ils ont attiré l'attention sur l'expérience des femmes noires⁷⁵², façonnée par l'interaction entre l'appartenance à une race et le fait d'être une femme, interaction dont les modalités sont nombreuses⁷⁵³. L'argument mis en avant est le suivant : une personne peut appartenir en même temps à plusieurs groupes désavantagés et éventuellement souffrir de formes spécifiques de discrimination.⁷⁵⁴ Crenshaw et les autres auteurs ont élaboré une critique de l'approche basée sur la prise en charge d'un seul motif de discrimination, qui, expliquent-ils, n'apporte pas une protection adéquate et ne montre pas toutes les

⁷⁴⁹ Hypothèse selon laquelle une femme noire peut être exposée à des discriminations auxquelles n'est pas ou moins exposé une femme blanche ou un homme noir.

⁷⁵⁰ MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 585

⁷⁵¹ Makkonen, Timo (2002), «Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore», Institute for Human Rights, Åbo Akademi University. Une recherche antérieure sur l'intersection des motifs a été réalisée par Shoben, W. Elaine (1980), «Compound Discrimination: The interaction of Race and Sex in Employment Discrimination», NYUL Rev., p. 793-835.

⁷⁵² Hypothèse selon laquelle une femme noire peut être exposée à des discriminations auxquelles n'est pas ou moins exposé une femme blanche ou un homme noir.

⁷⁵³ Cf. La théorie de la « double vulnérabilité » développée par Frances Beale aux États-Unis: F. Beale, *Double jeopardy : to be black and female*, T. Cade (Ed.), New American Library, New York, 1970. V. aussi les travaux de K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, 1989, pp. 67-139; T. Amott and J. Matthaei, *Race, Gender and Work: a Multicultural Economy History of Women in the United States*, South End Press, Boston, 1996.

⁷⁵⁴ Crenshaw, Kimberlé (1993), « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine », *Feminist Theory and Antiracist Politics*, in Weisberg, D. K. (éd.), «Feminist Legal Theory: Foundations», Philadelphia; Katherine Wing, Adrien (éd.) (2000), «Global Critical Race Feminism», An International Reader, New York University Press.

facettes du phénomène. Ils font valoir que l'analyse d'un seul problème de discrimination ne rend pas compte de la réalité⁷⁵⁵.

Dans son article sur la discrimination multiple, composée et intersectionnelle, l'auteur finnois Timo Makkonen couvre de manière relativement exhaustive l'évolution du concept de discrimination multiple depuis Crenshaw. Le développement dans le domaine émane de la Conférence mondiale des Nations unies contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, qui s'est déroulée en 2001 à Durban, Afrique du Sud. C'est en effet lors de cet événement que la communauté internationale a reconnu la discrimination multiple et adopté des mesures contre le phénomène : « Nous reconnaissons que le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée reposent sur des considérations de race, d'ascendance ou d'origine nationale ou ethnique et que les victimes peuvent subir des formes multiples ou aggravées de discrimination fondées sur d'autres motifs connexes, dont une discrimination pour des raisons de sexe, de langue, de religion, d'opinions politiques ou autres, d'origine sociale, de fortune, de naissance ou de statut⁷⁵⁶ ».

D'après Makkonen, la Conférence de Durban a représenté un progrès international majeur. Il soutient d'ailleurs qu'après Durban, le concept de discrimination multiple a été de mieux en mieux reconnu dans les différents forums sur les droits de l'homme, tant gouvernementaux que non gouvernementaux⁷⁵⁷.

C. Les catégories de « la discrimination multiple »

Le concept de discrimination multiple, d'abord apparu dans les sciences sociales, tend aujourd'hui à s'inscrire dans la sphère du droit. L'enjeu consiste à faire reconnaître et sanctionner juridiquement des situations dans lesquelles interviennent voire interagissent plusieurs motifs de discrimination.

À ce jour, aucune définition précise ne figure dans les textes juridiques internationaux et nationaux mais plusieurs types de discrimination multiple sont mis en

⁷⁵⁵ Crenshaw, Kimberlé (1991), « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence Against Women of Colour », *Stanford Law Review*, vol. 43, p. 1241-1299

⁷⁵⁶ Rapport de l'Assemblée générale des Nations unies sur la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, déclaration n° 2, Durban, 2001.

⁷⁵⁷ Makkonen, Timo (2002), « Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore », *Institute for Human Rights, Åbo Akademi University*.

évidence par les chercheurs. La plupart des auteurs s'accordent pour considérer que l'expression « discriminations multiples » est une expression générale⁷⁵⁸ dont le contenu inclut trois situations distinctes où une personne peut subir une discrimination fondée sur plus d'un motif : la discrimination additive, la discrimination composée et la discrimination intersectionnelle⁷⁵⁹.

a. La discrimination additive

Dans la « discrimination additive », un motif s'ajoute à un autre mais ces motifs agissent séparément. C'est-à-dire, une personne est traitée de manière moins favorable en raison de plus d'une caractéristique protégée et, bien que les deux formes de discrimination se produisent en même temps, elles ne sont pas liées les uns aux autres. Par exemple, une femme d'une minorité ethnique peut, dans une situation, faire l'expérience de la discrimination fondée sur le fait qu'elle est une femme et, dans une autre, d'une discrimination fondée sur son origine ethnique⁷⁶⁰. Il en va de même s'agissant de la politique d'un organisme public qui exige que les candidats au pourvoi d'un poste présentent une certaine taille et subissent avec succès une épreuve écrite. Cette politique introduit une discrimination indirecte fondée sur le sexe et la nationalité aux dépens des migrantes car elle les exclu de la possibilité d'obtenir cet emploi étant donné qu'elles ne présentent pas la taille requise, du fait de leur sexe, mais aussi parce que, du fait de leur nationalité, elles ne maîtrisent pas la langue et, donc, ne peuvent pas participer à l'épreuve écrite.⁷⁶¹

b. La discrimination composée

La « discrimination composée » décrit une situation où une personne souffre de discrimination fondée sur deux motifs ou plus à la fois et où l'un des motifs s'ajoute à

⁷⁵⁸S.Hannett, *Equality at the intersections: The legislative and judicial failure to tackle multiple discrimination*, op. cit., 65-85 ; D. Schiek, *From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality law for Europe*, in D. Schiek/V. Chege (eds.), *European Union non-discrimination law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London-New-York, 2009, p. 3-28 ; J. Gerards, op. cit., p. 33-184.

⁷⁵⁹Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, « Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », Document terminé en septembre 2007.

⁷⁶⁰Hannet, Sarah (2003), «Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial failure to Tackle Multiple Discrimination», *Oxford Journal of Legal studies*, Vol. 23, n° 1, p. 68.

⁷⁶¹V. J.Gerards, op. cit., p. 171.

la discrimination fondée sur un autre. En d'autres termes, un motif de discrimination est aggravé par un ou plusieurs autres motifs de discrimination. Gay Moon donne un exemple de cette situation dans son article « Multiple discrimination - problems compounded or solutions found?⁷⁶² » Moon fait référence à une affaire survenue au Royaume-Uni, *Perera vs Civil Service Commission* (*Perera c. Commission de la fonction publique*), où l'employeur avait établi une liste de critères, tels que l'âge, l'expérience au Royaume-Uni, la maîtrise de l'anglais et la nationalité. M. Perera n'avait pas obtenu le poste : « Il aurait pu obtenir le poste si un critère n'avait pas été rempli, bien que c'eût été moins probable, mais si deux critères n'étaient pas remplis, ses chances d'obtenir le poste étaient encore plus faibles.⁷⁶³ »

c. La discrimination intersectionnelle

Le terme a été utilisé dans ce contexte par la Kimberlé Crenshaw dans un article paru en 1989 en mettant l'accent sur les expériences des femmes noires. Elle a utilisé l'image d'une intersection de rues. Elle a noté que « La discrimination, comme le mouvement des véhicules à un carrefour, va dans une direction ou dans une autre. Si un accident se produit au carrefour, il peut être le fait de véhicules venant de toutes les directions possibles, et dans certains cas, de toutes à la fois. De la même façon, si une femme noire subit un préjudice du fait qu'elle se trouve à un carrefour, son préjudice trouve sa cause dans une discrimination fondée sur le sexe ou dans une discrimination fondée sur la race.⁷⁶⁴ » Ainsi, le préjudice causé par la discrimination intersectionnelle est susceptible d'être plus sévère, comme un accident causé par les voitures de tous directions qui provoque plus de dommage qu'un accident où sont impliquées une ou deux voitures.

La discrimination intersectionnelle désigne une situation où plusieurs motifs agissent et interagissent les uns avec les autres, en même temps, d'une manière telle qu'ils sont inséparables.⁷⁶⁵ Alors que dans le cas des discriminations additives ou

⁷⁶² Moon, Gay (2006), « Multiple discrimination - problems compounded or solutions found? », *Justice Journal*, p. 86-102.

⁷⁶³ Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, « Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », Document terminé en septembre 2007.

⁷⁶⁴ Crenshaw 1989, 145

⁷⁶⁵ Moon, Gay (2006), « Multiple discrimination - problems compounded or solutions found? », *Justice Journal*, p. 86-102.

composées, les motifs de l'inégalité de traitement conservent leur individualité, aux cas des discriminations intersectionnelles, les motifs sont entrelacés au point de créer un nouveau motif complexe de discrimination.⁷⁶⁶

En ce qui concerne la discrimination intersectionnelle, Makkonen présente les exemples suivants : « Les femmes des minorités peuvent faire l'objet de types particuliers de préjugés et de stéréotypes. Elles risquent d'être confrontées à des types particuliers de discrimination raciale auxquels les hommes de cette même minorité ne sont pas confrontés.⁷⁶⁷ » Ainsi, pour une femme d'origine étrangère, la ségrégation du marché du travail peut lui interdire l'accès à un emploi lorsque certains emplois sont réservés à des femmes blanches et d'autres à des hommes d'origine étrangère. Dans ce cas, les femmes immigrées risquent fort de souffrir de sous-emploi car, non seulement elles ont des emplois précaires mais, de plus, elles sont aussi moins bien rémunérées que les hommes, même immigrés. La discrimination se produit ainsi sur la base de plusieurs motifs en même temps, mais où l'un intensifie la discrimination vécue sur la base d'un autre motif. Il s'agit aussi de phénomènes plus globaux. Il est difficile, en effet, de séparer les critères, car les expériences sont simultanées (race, sexe, origine et origine sociale, âge, handicap...) et indissociables.⁷⁶⁸

Ainsi que la théorie révèle⁷⁶⁹, les discriminations intersectionnelles présentent trois caractéristiques : en premier, elles ne laissent pas apparaître la part de chacun des motifs qui interagissent dans la taille du résultat discriminatoire défavorable qu'elles produisent. En second lieu, ce sont prioritairement les femmes qui en sont victimes. Et, en troisième lieu, elles ne sont pas le fruit de quelque intention mais elles sont dues au

⁷⁶⁶D. Schieck, From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality law for Europe, op. cit., p. 12-13 ; J. Gerards, op. cit., p. 171 ; S. Fredman, Double trouble: Multiple discrimination, op. cit., 13-18 ; ibidem, Positive rights and positive duties. Addressing intersectionality, in D. Schieck/C. Chege (eds.), *European Union non-discrimination Law, comparative perspectives on multidimensional conception of equality law*.

⁷⁶⁷Makkonen, Timo (2002), «Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore», Institute for Human Rights, ÅboAkademi University.

⁷⁶⁸LANQUETIN MARIE-THERESE, « Discrimination », 2010/2011, Dalloz.

⁷⁶⁹**T.M. Makkonen**, *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experience of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Åbo Academy University, 2002, p. 1-65 ; **Commission européenne**, *Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois*, 2007 ; D. Schieck, From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality law for Europe, op. cit., p. 22 **J. Gerards**, *Discrimination Grounds*, in D. Shiek/L. Waddigton/M. Bell (eds.), *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford and Portland, 2007, p. 31-184 ; **Fredman**, *Double trouble: Multiple discrimination and EU law*, *European Antidiscrimination Law Review* 2005, 13-18 ; Christine DELIYANNI-DIMITRAKOU « ÉGALITÉ MULTIDIMENSIONNELLE ET DISCRIMINATIONS MULTIPLES EN DROIT COMPARÉ », RID CR.I.D.C. 3/2013, p. 657 et s.

fonctionnement du système dans son ensemble. En effet, les discriminations intersectionnelles présentent un caractère structurel qui est perceptible si l'on étudie le cas des femmes migrantes. Étant donné que ces femmes ignorent la langue officielle du pays d'accueil, elles sont forcées de travailler à des emplois mal payés. Mais, de ce fait, elles se trouvent encore plus piégées car elles ne peuvent pas payer les cours de langue étrangère qui leur permettraient d'améliorer leur situation sur le marché du travail.⁷⁷⁰

Remarques de conclusion sur la distinction des catégories de la discrimination multiple

La littérature signale ces trois concepts pour décrire l'expérience d'une discrimination fondée sur plusieurs motifs. Mais pour les auteurs, les termes sont interchangeables. Les exemples que Makkonen⁷⁷¹ donne de la discrimination intersectionnelle sont pour Shoben de la discrimination composée lorsqu'il est question de l'interaction de la discrimination raciale et de la discrimination fondée sur le sexe aux États-Unis⁷⁷².

Ainsi, parfois le terme de discrimination multiple est utilisé pour désigner la discrimination additive ou cumulative⁷⁷³ ou encore comme terme générique pour la discrimination additive et intersectionnelle⁷⁷⁴.

En outre, le terme « discrimination multiple » est utilisé dans les documents politiques de l'Union européenne et même dans la législation de l'Union européenne. La plate-forme d'action de Beijing pour l'égalité, le développement et la paix, adoptée à l'issue de la Quatrième conférence mondiale sur les femmes (Nations unies), fait également référence à des obstacles multiples puisque les gouvernements y affirment leur volonté de « redoubler d'efforts pour que toutes les femmes et les filles que de multiples obstacles, tenant à des facteurs tels que race, âge, langue, origine ethnique,

⁷⁷⁰ J. Gerards, *Discrimination Grounds*, in D. Shiek/L. Waddigton /M. Bell (eds.), *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford and Portland, 2007, p. 31-184

⁷⁷¹ MAKKONEN TIMO, «Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experience of the Most Marginalized to the Fore, Institute for Human Rights», ÅboAkademy University, 2002, p. 1-65,

⁷⁷² Shoben, W. Elaine (1980), «Compound Discrimination: The interaction of Race and Sex in Employment Discrimination», NYUL Rev., p. 793-835.

⁷⁷³ Chege, Victoria (2005), «Multidimensional Discrimination in EU law and in a Comparative Perspective: EU Equality Law and Interactions of Gender and Race Discrimination in the Lives of Ethnic Minority Women », p. 6, Dissertation Concept, Department of Law, University of Oldenburg.

⁷⁷⁴ Hannet, Sarah (2003), «Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial failure to Tackle Multiple Discrimination», Oxford Journal of Legal studies, Vol. 23, n° 1. p. 68.

culture, religion, incapacités ou appartenance à une population autochtone, privent de tout pouvoir et de toute possibilité de progrès, puissent jouir à égalité de tous les droits de la personne humaine et de toutes les libertés fondamentales.»⁷⁷⁵

Rien n'indique que le terme « multiple » serait destiné à renvoyer à toute forme spécifique de lien entre aspects différents de désavantage. L'on peut plutôt supposer que les organisations internationales et européennes utilisent le terme de « discrimination multiple » comme une notion globale. La notion peut certainement faire l'objet de critique en ce qui concerne, par exemple la notion mathématique dérivant de la multiplication (Conaghan 2009:24) ou la tendance d'une distinction entre formes de discrimination, qui, en réalité, sont en interaction (Yuval-Davis 2007:565). Toutefois, l'utilisation répandue de la notion de discrimination multiple dans les instruments internationaux et supranationaux semble indiquer qu'il s'agit du terme le plus « neutre.⁷⁷⁶ »

La thèse présente vise à examiner l'aspect de l'intersectionnalité de la discrimination multiple, où les motifs sont entrelacés et les personnes discriminées ne peuvent pas choisir l'un d'entre eux pour leur poursuite en justice.

D. La discrimination multiple et la discrimination indirecte

Dans l'affaire C-152/11, Johann Odar contre Baxter Deutschland GmbH⁷⁷⁷, la Cour de Justice a examiné un règlement, inclus dans un plan social qui a été signé par la société Baxter et le conseil de travail en vertu de la loi allemande de l'Organisation de l'entreprise à la lumière de deux motifs répréhensibles, l'âge et le handicap. Le règlement en cause prévoyait une réduction des indemnités de départ pour les travailleurs de plus de 54 ans prenant en compte la possibilité d'une retraite anticipée en raison d'un handicap.

⁷⁷⁵ Nations unies, 1995. Séminaire juridique, 4 octobre 2011 Approches de la législation sur l'égalité et la non-discrimination à l'intérieur et hors de l'UE DOCUMENT DE RÉFLEXION – ATELIER 2, Discrimination Multiple Par Susanne Burri

⁷⁷⁶ SCHIEK DAGMAR in : « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, Manuscrit achevé en juillet 2009, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR.

⁷⁷⁷ Affaire C-152/11, Johann Odar contre Baxter Deutschland GmbH ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par l'Arbeitsgericht München (Allemagne), par décision du 17 février 2011, parvenue à la Cour le 28 mars 2011, dans la procédure

Sur la base du règlement susmentionné, M. Odar, employé de Baxter handicapé, né en 1950, a reçu une indemnité de départ réduite en fonction de son ancienneté, qui a été calculée en fonction de la date de sa première retraite qui a eu lieu plus tôt en raison de son handicap. La CJCE exclut d'abord l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge, en invoquant l'exception prévue à l'article 6 de la directive 2000/78. Elle détecte cependant une discrimination indirecte fondée sur le handicap.

L'avocat général a relevé au point 50 de ses conclusions que, dans le cas d'un travailleur gravement handicapé, le premier élément de la formule de calcul selon la formule alternative sera toujours inférieur à celui applicable à un travailleur valide du même âge. En l'espèce, le fait que, d'une manière apparemment neutre, ce calcul est fondé sur l'âge de départ à la retraite a pour effet que les travailleurs gravement handicapés, qui bénéficient de la possibilité de partir à la retraite à un âge moins élevé, à savoir 60 ans et non pas 63 ans comme c'est le cas pour les travailleurs valides, perçoivent une indemnité de licenciement moins importante, et cela en raison de leur handicap grave. Il s'ensuit que l'article 6, paragraphe 1, point 1.5, du PPS, lu en combinaison avec l'article 7, point 7.2, du PSC, dont l'application a pour effet que le montant de l'indemnité de licenciement versé à un travailleur gravement handicapé est inférieur à celui perçu par un travailleur valide, entraîne une différence de traitement indirectement fondée sur le critère du handicap au sens des dispositions combinées des articles 1^{er} et 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78.

Nous observons, dans ce cas, que la possibilité pour le demandeur de se fonder sur plus d'un motif de discrimination a permis à la Cour d'examiner si la combinaison de ces motifs de discrimination a produit une discrimination indirecte.

La Cour n'a pas considéré l'existence d'une discrimination intersectionnelle parce que la juridiction de renvoi n'a pas soulevé la question à la question posée.

Cependant, nous constatons que si l'interdiction de la discrimination directe, qui vise à assurer l'égalité formelle, ne facilite pas la reconnaissance de la discrimination multiple, l'interdiction de la discrimination indirecte, qui vise à assurer l'égalité effective, est un outil qui peut contribuer de manière décisive à l'identification de ces formes complexes de discrimination.

E. La théorie de l'intersectionnalité des traits identitaires

L'amalgame des caractéristiques identitaires qui donne lieu aux discriminations intersectionnelles constitue, en effet, la base d'une théorie du même nom - la théorie de l'« intersectionnalité » qui, dans le contexte de la sociologie et de l'anthropologie sociale, considère comment les différentes catégories de discrimination, qui sont des constructs sociologiques et culturels, interagissent sur différents plans pour créer des inégalités systémiques, structurelles et sociales⁷⁷⁸.

Selon les adeptes de cette théorie⁷⁷⁹, les modèles classiques de l'oppression, fondés sur la race, l'origine ethnique, le sexe, l'orientation sexuelle, le handicap ou le statut social, n'agissent pas indépendamment l'un de l'autre. Au contraire, ils interagissent entre eux de façon à créer un système global d'oppression qui reflète le croisement entre les différents motifs de discrimination. Ainsi, le vécu féminin de l'oppression varie, du point de vue de la forme et de l'intensité, en fonction des qualités individuelles de celles qui la subissent. C'est-à-dire, en fonction de la question de savoir s'il s'agit de femmes pauvres ou riches, employées ou chômeuses, jeunes ou âgées, bourgeoises ou prolétaires et ainsi de suite.

Néanmoins, le défi le plus significatif que présente le phénomène de l'intersectionnalité des traits identitaires consiste en ce qu'elle constitue une catégorie conceptuelle multidimensionnelle qui ne peut être décomposée en les éléments qui la composent. Il a ainsi été constaté que, pour décrire la vie d'une femme, il ne suffit pas de présenter l'oppression dont elle est victime du fait de son sexe. Il convient, en effet, d'analyser également ses autres traits identitaires. De même, il n'est pas possible d'expliquer l'oppression dont sont victimes les groupes raciaux et ethniques individuels sans analyser préalablement les traits identitaires de leurs membres. Si, en d'autres termes, il n'est pas tenu compte du sexe, de l'âge, de l'orientation sexuelle de ces sujets.

C'est ce qu'ont constaté dans les années 1990 les représentantes américaines du « féminisme noir »⁷⁸⁰ qui se sont servies de la théorie de l'intersectionnalité des traits

⁷⁷⁸ Le terme « intersectionality » fut utilisé pour la première fois à la fin des années 1980 par Kimberlé Crenshaw (v. infra, note 17), tandis que, peu après, la sociologue Patricia Hill Collins réintroduisit l'idée en tant que partie de sa réflexion sur ledit « féminisme noir ». V. supra, note 17.

⁷⁷⁹ V. supra, note 17.

⁷⁸⁰ V. K. Crenshaw, Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of administration doctrine, feminist theory and antiracist politics, *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 137-167; ibidem, Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of colour, 43 *Stanford Law Review*, 1991, 241 et s. ; P.H. Collins, The social construction of feminist thought, *Signs*, 1989, p. 745 et s. ; V., aussi, à propos du « féminisme noir » : V. Bryson, *Feminist Political Theory. An Introduction*, Palgrave Macmillan, 2003).

caractéristiques afin de critiquer la conception unidimensionnelle de l'identité qu'adoptaient, jusqu'alors, les théories féministes libérale et radicale^{781, 782}.

Section 2 : Tentatives de reconnaissance juridique de la discrimination multiple au niveau international, européen et national

A. L'adoption de la notion de la « discrimination multiple » par la tradition juridique anglo-américaine

Les droits de la tradition anglo-américaine ont contribué de manière déterminante au développement du droit de la non-discrimination⁷⁸³. Ceci est le résultat de la diversité qui apparaît dans les sociétés anglo-américaines, depuis le début de leur création, combinée à la tolérance envers le différent, favorisée par des politiques de l'immigration et des minorités spécifiques. En outre, un facteur important de l'évolution du droit anglo-américain contre la discrimination est le caractère judiciaire qui lui donne une flexibilité et lui permet de répondre avec succès aux besoins des communautés qu'il sert.

a. La « discrimination multiple » aux États- Unis

Une approche intersectionnelle de la discrimination ne peut être dérivée directement de la Constitution des États-Unis ni de la législation fédérale ou du droit national. À l'échelon fédéral, la protection contre la discrimination est accordée par la clause d'égale protection du 14^e amendement à la Constitution des États-Unis, adopté en 1868. Il couvre la discrimination par les gouvernements des États fondée sur la race, la couleur de peau ou la nationalité d'origine. Le droit américain offre une protection par l'application des dispositions de la constitution et par une série de lois qui, généralement, prévoient des recours en justice ou des recours administratifs, voire les

⁷⁸¹ V. J. Evans, *Feminist theory today. An introduction to second-wave feminism*, Sage Publ., 1995, p. 28 et s. ; V. Bryson, *Théorie politique féministe*, op. cit., p. 218 et s.

⁷⁸² DELIYANNI-DIMITRAKOU CHRISTINE « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », RID CR.I.D.C. 3/2013, p. 657 et s.

⁷⁸³ D. Schiek/L. Waddington/M. Bell, *Cases Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford and Portland 2007

deux. Par conséquent, la majorité des protections accordées par les lois des États sont déduites à partir de la Constitution des États-Unis et de la législation fédérale.

Parmi les théoriciens qui ont formulé ces réflexions, la juriste américaine **Kimberle Crenshaw**⁷⁸⁴ a souligné l'impossibilité pour les juridictions américaines de s'apercevoir des rapports de pouvoir précités, selon l'interprétation du chapitre VII de la loi américaine sur les droits civils (Civil Rights Act 1964) qui interdit les discriminations fondées sur divers motifs répréhensibles.⁷⁸⁵ Selon **Crenshaw**, cette impossibilité était due à la conception erronée des juridictions américaines qui, pour longtemps, considéraient que l'inégalité de traitement devait relever d'un seul des motifs répréhensibles visés à la loi précitée.

Cependant, les femmes afro-américaines des États-Unis ont été des pionnières dans la reconnaissance de la discrimination multiple, montrant avec force par quels moyens la législation relative à la discrimination fondée sur le sexe était centrée sur les femmes blanches alors que la législation relative à la discrimination raciale ciblait les hommes noirs. Comme le soutenait Kimberlé Crenshaw : « Le paradigme de la discrimination fondée sur le sexe tend à se baser sur les expériences des femmes blanches, le modèle de la discrimination raciale tend à se baser sur les Noirs les plus privilégiés. Dès lors, les notions de ce qui constitue la discrimination fondée sur la race et le sexe sont étroitement taillées sur mesure pour n'englober qu'une petite série de circonstances, aucune d'entre elles n'incluant la discrimination à l'égard des femmes de race noire.⁷⁸⁶ »

⁷⁸⁴ V. K. Crenshaw, Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of administration doctrine, feminist theory and antiracist politics, *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 137-167

⁷⁸⁵ Le titre VII du Civil Rights Act (loi des droits civiques) de 1964 interdit la discrimination fondée sur la race, la couleur de peau, la religion, le sexe ou la nationalité d'origine en matière d'emploi; l'Equal Pay Act (loi sur l'égalité des salaires) de 1963 (EPA), qui protège les hommes et les femmes exécutant un travail sensiblement égal dans un même établissement de la discrimination fondée sur le sexe en matière de salaires; l'Age Discrimination in Employment Act (loi relative à la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi) de 1967 (ADEA), qui protège les personnes âgées de 40 ans ou plus; le titre I et le titre V de l'Americans with Disabilities Act (loi relative aux Américains avec un handicap) de 1990 (ADA), qui interdit la discrimination en matière d'emploi envers des personnes qualifiées ayant un handicap dans le secteur privé et dans les administrations des États et dans les administrations locales; les sections 501 et 505 du Rehabilitation Act (loi sur la réadaptation) de 1973, qui interdisent la discrimination envers des personnes qualifiées ayant un handicap qui travaillent au gouvernement fédéral, et le Civil Rights Act (loi des droits civiques) de 1991, qui, entre autres, prévoit des dommages et intérêts en cas de discrimination intentionnelle en matière d'emploi.

⁷⁸⁶ Division des Nations Unies en faveur de l'avancement des femmes: Discrimination fondée sur le genre et la race: Rapport de la réunion des experts (2000).

Les femmes noires forment un groupe séparé et unique aux fins de la législation relative à la discrimination. Comme les femmes noires étaient entrées récemment dans l'entreprise, elles furent les premières à être licenciées pour cause d'excès d'effectifs, étant donc moins bien loties que les femmes blanches et les hommes noirs. Elles n'ont donc pu prétendre qu'elles avaient été moins favorablement traitées pour un motif de genre ou de race seulement. C'est dans la situation cumulative, d'être femme et noire, que résidait la cause de la discrimination

L'arrêt *De Graffenreid*⁷⁸⁷, commenté par *Crenshaw*, met en avant ce problème. Par cet arrêt, la septième Cour fédérale d'appel des USA a rejeté l'appel interjeté par cinq femmes afro-américaines qui avaient été licenciées de la société General Motors sous le prétexte qu'elles ne remplissaient pas le critère neutre de l'ancienneté sur la base duquel la société procédait aux licenciements. Il convient de souligner, sur ce point, que l'impossibilité pour ces femmes de remplir ce critère n'était pas due à quelque faute de leur part. Elle était exclusivement due à la stratégie de recrutements de la société qui employait des femmes de couleur à titre uniquement exceptionnel. En d'autres termes, elle employait en règle générale des femmes blanches et des hommes blancs et de couleur. Du fait de cette stratégie, le Cour fédérale d'appel des USA n'a pas pu qualifier de discrimination indirecte fondée sur le sexe ou la race le licenciement des cinq femmes afro-américaines car l'entreprise n'employait pas un nombre de femmes inférieur à celui des hommes, ni un nombre d'hommes de couleur inférieur à celui des hommes blancs.

Un an après l'arrêt *De Graffenreid*, dans l'affaire *Munford v. James T. Barnes & Co*, le tribunal fédéral de première instance (District Court) du Michigan a qualifié de discrimination directe due au sexe un cas de harcèlement sexuel dû au sexe et à l'origine ethnique.⁷⁸⁸ Les juridictions américaines adoptèrent, en outre, une approche analogue dans l'affaire *Rogers contre American Airlines*⁷⁸⁹, en 1981. Dans cette affaire, une employée a fait valoir que la politique d'American Airlines interdisant les coiffures tressées constituait une discrimination spécifiquement contre elle, en tant que femme noire. Rogers avait travaillé pour American Airlines depuis onze ans avant que la

⁷⁸⁷ *V. De Graffenreid v. General Motors Assembly Division*, 413 F.Supp. 142 (US Federal Court of Appeal).

⁷⁸⁸ *V. Munford v. James T. Barnes & Co.*, 441 F. Supp. 459, 465-66 (E.D. Mich. 1977),

⁷⁸⁹ *V. Rogers v. American Airlines*, 537 F. Supp. 229 (S.D.N.Y. 1981). (Discussed in D. W. Greene (2008) 'Title VII: What's Hair (and other race based characteristics) got to do with it?' *University of Colorado Law Review*, Vol. 79, 1355).

compagnie aérienne institue une politique vestimentaire interdisant les tresses. Elle a soutenu que cette politique était indirectement discriminatoire contre les femmes noires à cause de tresses qui ont été historiquement, une mode et un style adopté par les femmes noires américaines, reflétant leurs références culturelles et leur histoire dans la société américaine. Le tribunal fédéral a refusé toute nouvelle relation d'interaction entre la race et le sexe, et il a estimé que tout d'abord, Rogers ne pouvait pas montrer que les tresses étaient spécifiques aux femmes noires comme Bo Derek les avait portées dans le film «10» et, d'autre part, que contrairement fait d'être Afro qui constitue une caractéristique immuable, les tresses sont des caractéristiques mutables, car elles peuvent être facilement changées.

Cependant, au début des années 1980 déjà, les tribunaux américains commencèrent à reconnaître certains cas de discrimination multiple dus à l'intersection des traits identitaires. Dans l'affaire *Jefferies v. Harris City Commission*⁷⁹⁰, par exemple, une femme noire qui souhaitait soumettre sa candidature à un des deux postes vacants dans l'entreprise où elle travaillait apprit, un jour avant de déposer son dossier, que le poste concerné avait été officiellement donné à une de ses collègues de couleur. Le poste litigieux avait, jadis, été occupé par un homme de couleur et par une femme blanche. Le tribunal de première instance devant lequel Jefferies eut recours rejeta son allégation selon laquelle elle avait été victime de discrimination fondée sur son sexe et sur son origine ethnique. Au contraire, la 5^e Cour fédérale d'appel des USA reconnut que le traitement discriminatoire dont elle avait été victime avait la forme d'une discrimination multiple fondée sur le sexe et l'origine ethnique. La Cour a notamment reçu l'allégation de la demanderesse selon laquelle l'employeur ne peut pas se dessaisir de sa responsabilité quant au traitement discriminatoire aux dépens des femmes de couleur en prouvant simplement qu'il n'avait pas imposé de discriminations aux dépens des employés noirs et des employés de sexe féminin de son entreprise. Selon la Cour, le fait que la catégorie « femme noire » n'est pas reconnue en tant que groupe par le Congrès ne l'exclut pas du champ de protection du 7^e amendement de la loi fédérale relative aux droits civils (Civil Rights Act 1964) car pareille exclusion laisserait privées

⁷⁹⁰ V. *Jefferies v. Harris City Community Action Association*, 615 F.2d 1025 (5th Cir. 1980). Voir aussi l'affaire *Lam v. University of Hawaii* 40 F. 3d 1551, 1561 (9th Cir. 1994). See also *Hicks v. Gates Rubber Co* 833 F.2d 1406 (10th Cir 1987) and *Lewis v. Bloomsburg Mills Inc.* 773 F.2d 561 (4th Cir 1985).

de sanctions les pratiques d'inégalité de traitement dont cette catégorie de femmes sont victimes.⁷⁹¹

Néanmoins, les juridictions américaines ont hésité de procéder à une reconnaissance plus élargie de l'intersectionnalité des traits identitaires craignant que cette attitude incite les différentes minorités à plus de revendications.⁷⁹² Qui plus est, cette crainte força la jurisprudence américaine à accepter que la discrimination multiple n'existe que lorsque interagissent ou concourent deux traits identitaires précis : le sexe et l'origine raciale.⁷⁹³ Selon cette conception, le traitement défavorable qui est dû à l'interaction de plus de deux traits identitaires ne constitue pas une discrimination interdite au sens du 7^e amendement au Civil Rights Act 1964.

Pourtant, contrairement aux juridictions américaines, une institution, à savoir la Commission américaine pour l'égalité des chances en matière d'emploi (EEOC — US Equal Employment Opportunity Commission)⁷⁹⁴, c'est-à-dire, l'autorité indépendante qui assure aux USA le contrôle extrajudiciaire de l'application du 7^e amendement au Civil Rights Act 1964, n'a pas hésité de qualifier de discrimination interdite le traitement discriminatoire dû à l'intersectionnalité de plus de deux traits identitaires.^{795, 796} Ainsi, cette instance pourrait ouvrir la voie à une compréhension plus large et à la prise en considération d'affaires pour plus d'un motif de discrimination.

Il est remarquable que l'EEOC a publié un manuel de déontologie (Compliance Manual)⁷⁹⁷ relatif à la discrimination raciale et, plus récemment, un nouveau chapitre relatif à la discrimination fondée sur la race et sur la couleur de peau, qui traite de la question de l'intersectionnalité. Ce chapitre se veut un guide pour l'analyse des chefs d'accusation en matière de discrimination fondée sur la race et sur la couleur de peau conformément au titre VII du Civil Rights Act de 1964. On y trouve l'explication suivante sur l'intersection des motifs : « Le titre VII interdit la discrimination, qu'elle

⁷⁹¹ V. Jefferies v. Harris City Community Action Association, op. cit., points 23-24.

⁷⁹² V. E. Britton, *Multiple Discrimination in USA*, <http://www.suite101.com/content/multiple-discrimination-in-the-usa-a45059>

⁷⁹³ V. E. Britton, op. cit.

⁷⁹⁴ Pour de plus amples informations, consulter: <http://www.eeoc.gov/>.

⁷⁹⁵ V. EEOC Compliance Manual Race Discrimination, vol. II, § 15-IV, C, «Intersectional Discrimination» (19 avril 2006), <http://www.Eeoc.gov/policy/docs/race-color.html#IVC>.

⁷⁹⁶ Affaire Phillips c. Martin Marietta Corporation, 400 U.S. 542, 544 (1971). L'arrêt affirme que le refus d'un employeur d'embaucher un sous-groupe de femmes, en l'occurrence celles qui ont des enfants en bas âge, est une forme de discrimination fondée sur le sexe.

⁷⁹⁷ EEOC Compliance Manual: Race Discrimination, volume II, § 15-IV, C, «Intersectional Discrimination» (19 avril 2006) (<http://www.eeoc.gov/policy/docs/race-color.html#IVC>).

soit fondée sur une caractéristique protégée (par exemple, la race) ou sur l'intersection de deux caractéristiques protégées ou plus (par exemple, la race et le sexe). Ainsi, le titre VII interdit la discrimination à l'encontre des femmes afro-américaines même si l'employeur ne fait de discrimination ni envers les femmes blanches et ni envers les hommes afro-américains.⁷⁹⁸ De même, le titre VII protège les femmes américaines asiatiques contre la discrimination fondée sur des stéréotypes et des hypothèses à leur propos, même en l'absence de discrimination contre les hommes américains d'origine asiatique et contre les femmes blanches.⁷⁹⁹ » La loi interdit également la discrimination fondée sur l'intersection de la race et d'une caractéristique couverte par une autre loi relative à l'égalité des chances en matière d'emploi, par exemple la race et le handicap⁸⁰⁰ ou bien la race et l'âge.⁸⁰¹

L'EEOC a lancé un vade-mecum d'application du droit pour aider les enquêteurs, les travailleurs et les employeurs dans le traitement des affaires impliquant une intersectionnalité. Ce document facilite la sensibilisation à une approche pratique et sa mise en œuvre concernant le problème de la discrimination intersectionnelle envers des groupes vulnérables particuliers (en l'occurrence, les prestataires de soins). Le document ouvre la voie à une approche intersectionnelle plus large, concernant par exemple la race et la couleur de peau.

⁷⁹⁸ Voir *Jeffries v. Harris County Community Action Association*, 615 F.2d 1025, 1032-34 (5th Cir. 1980) (« nous statuons que, lorsqu'un demandeur allègue qu'un employeur fait de la discrimination envers les femmes noires, le fait que les hommes noirs et que les femmes blanches ne sont pas victimes de discrimination est dépourvu de pertinence. ») Pour un débat sur les progrès accomplis par les femmes de couleur et sur la persistance de conduites difficiles à résoudre, voir l'étude réalisée par la EEOC, intitulée « Women of Color: Their Employment in the Private Sector » (2003), consultable à : <http://www.eeoc.gov/stats/reports/womenofcolor/index.html> (en anglais).

⁷⁹⁹ *Lam v. University of Hawaii*, 40 F.3d 1551, 1561-62 (9th Cir. 1994). Arrêt qui affirme que le tribunal inférieur s'est trompé en traitant la plainte d'une femme asiatique en séparant les motifs de race et de sexe. Le tribunal inférieur aurait dû examiner si la discrimination s'était produite en raison du fait que la plaignante était une femme et du fait de la race à laquelle elle appartenait.

⁸⁰⁰ Voir Blanck, Peter, et al., « The Emerging Workforce of Entrepreneurs with Disabilities: Preliminary Study of Entrepreneurship in Iowa », 85 Iowa L. Rev., 1583 n.157 (2000) (les femmes afro-américaines avec un handicap sont désavantagées de manière disproportionnée dans les perspectives d'emploi). L'Americans with Disabilities Act (loi relative aux Américains avec un handicap) de 1990 (ADA) interdit aux employeurs dont les effectifs sont de quinze personnes ou plus de faire de la discrimination envers les personnes qualifiées ayant un handicap. Voir United States Code, titre 42, paragraphes 12101 et suiv. De nombreuses ressources de l'EEOC expliquant l'ADA sont consultables sur le site internet de la Commission (<http://www.eeoc.gov>).

⁸⁰¹ L'Age Discrimination in Employment Act (loi relative à la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi) de 1967 (ADEA) interdit aux employeurs dont les effectifs sont de vingt personnes ou plus de faire de la discrimination fondée sur l'âge envers des candidats ou des membres de leur personnel ayant atteint l'âge de 40 ans. Voir United States Code, titre 29, paragraphes 621 et suiv.

La question de la discrimination intersectionnelle est également au centre des préoccupations lors des réunions de l'EEOC. Récemment, le thème de la non-discrimination dans les critères d'embauche et dans les autres formes de tests d'aptitude à remplir un emploi a fait l'objet de discussions quant aux conséquences de ces pratiques et en particulier de l'impact sur les Afro-américains et sur d'autres groupes protégés⁸⁰². Il a également été souligné que l'EEOC devrait initier un dialogue avec les employeurs pour les sensibiliser au problème de l'intersectionnalité et pour les encourager à prendre des mesures en faveur des groupes désavantagés afin de lutter contre la discrimination intersectionnelle⁸⁰³.

Les documents et discussions de l'EEOC semblent indiquer une tendance vers la prise en compte systématique de l'approche intersectionnelle, une plus grande prise de conscience du problème et la possibilité de plusieurs types de motifs comme fondement d'une seule affaire. De plus, le travail de l'EEOC suggère un champ d'action spécifique pour les groupes de personnes vulnérables en raison de leur race, de leur sexe ou d'un handicap.

Il s'agit d'une nouvelle tendance, axée principalement sur la pratique de l'EEOC. Elle est née de l'expérience des plaignants et de leurs difficultés à porter plainte en cas de discrimination fondée sur plus d'un motif et donc à accepter une dissociation des motifs de discrimination au lieu de leur conjonction, qui aurait été possible si l'affaire était traitée en tenant compte de la combinaison de facteurs. Le travail réalisé par l'EEOC pourrait, avec le temps, influencer la jurisprudence dans le domaine de la législation en matière d'emploi mais les tribunaux n'en tiennent généralement pas encore compte.

b. La « discrimination multiple » au Canada

Hors de l'Europe, au Canada, un autre pays de tradition juridique anglo-américaine, on trouve quelques éléments attestant d'une incorporation - certes timide -

⁸⁰² Commissaire Griffin à la réunion de la Commission américaine pour l'égalité des chances en matière d'emploi (EEOC, US Equal Employment Opportunity Commission) du 28 février 2007 (consultable en anglais à la page: <http://www.eeoc.gov/abouteeoc/meetings/2-28-07/transcript.html>).

⁸⁰³ Réunion de commission de l'EEOC sur la discrimination fondée sur la race et la couleur de peau du 9 avril 2006, déclaration de Barbara R. Arnwine, Executive Director, Lawyers' Committee for Civil Rights Under Law, disponible à la page: www.eeoc.gov/abouteeoc/meetings/4-19-06/foreman.html, en anglais.

du concept de discrimination multiple en droit positif.⁸⁰⁴ Outre le fait que ce pays fédéral est caractérisé par une diversité marquée, comme les USA, la principale caractéristique en est autre. En effet, il a beaucoup progressé dans le domaine de la protection des groupes minoritaires car, d'une part, il a consacré les politiques multiculturelles dans sa Constitution⁸⁰⁵ et, d'autre part, il a adopté une approche substantielle de la notion d'égalité en la reliant au principe de la dignité humaine plus qu'à l'idée de la justice distributive.⁸⁰⁶

La Charte canadienne des droits et libertés (CCDL) (Canadian Charter of Rights and Freedoms) de 1982, qui, en tant que faisant partie de la Constitution canadienne de 1867, est contraignante pour chaque législation au niveau fédéral et provincial, inclut à son article 15, paragraphe 1, une clause flexible concernant les droits à l'égalité qui cite, à titre indicatif, les motifs de discrimination interdits.⁸⁰⁷ Cette formulation a permis aux juridictions canadiennes d'identifier de nouveaux motifs de discrimination interdits et de recevoir des requêtes fondées sur plus d'un motif. En revanche, la loi canadienne sur les droits de l'homme (LCDH) (Canadian Human Rights Act) de 1985, qui est contraignante pour les organes fédéraux ainsi que pour les institutions qui sont placées sous le contrôle du gouvernement fédéral, tels que les établissements bancaires et les compagnies aériennes, interdit en son article 3, point 3, uniquement les discriminations fondées sur des motifs définis de manière restrictive.

Cette formulation a restreint la possibilité pour les juridictions canadiennes de connaître des affaires de discrimination multiple. Les effets défavorables de cette

⁸⁰⁴V. à propos de l'approche des discriminations multiples au Canada : Nitya Iyer, *Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity*, *Queen's L.J.*, 1993, 179; D. Pothier, *Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences*, *R.F.D.*, 2001, p. 37 et s. ; Commission européenne, *Lutte contre la discrimination multiple*, op. cit. p. 25; Ontario Human Rights Commission, *An intersectional approach to discrimination, Addressing multiple grounds in human rights claims*, http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/An_intersectional_approach_to_discrimination%3A_addressing_multiple_grounds_in_human_rights_claims.pdf.

⁸⁰⁵V. article 27 de la Charte canadienne des droits et des libertés.

⁸⁰⁶V. D. Proulx, *Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles*, *Revue du Barreau*, 2001, p. 185 et s. ; D. G. Réaume, *Discrimination and Dignity*, *Louisiana Law Review*, 2001, p. 1 et s. ; L. B. Tremblay, *Promoting and Combating Discrimination Through Affirmative Action: The Same Questioning the Canadian Substantive Equality Paradigm*, *AJCL*, 2012, p. 181 et s. ; J.G. Small/E Grant, *Dignity, Discrimination and Context: New Directions in South African and Canadian Human Rights Law*, *Human Rights Review*, 2005, p. 25 et s. ; G. Moon, *From Equal Treatment: What lessons can Canadian Equality Law on Dignity and reasonable accommodation teach the UK*, *European Human Rights Review*, 2006, p. 695, et s., <http://www.edf.org.uk/news/Canada.pdf> ; G. Moon/R. Allen, *Dignity Discourse in Discrimination Law: A Better Route to Equality?*, *European Human Rights Law Review*, 2006, p. 610 et s.

⁸⁰⁷article 15, paragraphe 1.

restriction furent révélés dans l'affaire *Canada v. Mossop* de 1994⁸⁰⁸, où fut posée la question du type de discrimination imposée par un employeur qui avait refusé d'accorder à son employé un congé afin que celui-ci soit présent aux funérailles du père de son partenaire de même sexe. La Cour Suprême a qualifié cette attitude de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle qui, à l'époque, ne constituait pas de motif de discrimination interdit en vertu de l'article 3, paragraphe 3, de la LCDH. Elle omit ainsi le fait que l'attitude litigieuse constituait en même temps une discrimination fondée sur l'état civil.

La Juge **Heureux-Dubé**, au contraire, qui rédigea l'avis de la minorité, tint compte de ce deuxième critère, qualifiant de discrimination multiple le comportement litigieux. Elle a dit qu'« [...] il est de plus en plus admis que les catégories de discrimination pourraient se chevaucher et que les personnes pourraient souffrir d'exclusion historique fondée à la fois sur la race et sur le sexe ou sur l'âge et sur un handicap physique ou encore sur une autre combinaison. [...] la classification de ce type de discrimination comme étant principalement fondée sur l'appartenance raciale ou sur le sexe reflète donc mal la réalité de la discrimination telle qu'elle est vécue par ces personnes. La discrimination peut être fondée sur de nombreux motifs, et lorsque c'est le cas, il n'est pas très utile d'affirmer qu'elle est fondée sur un motif et pas sur tous. Il apparaît plus réaliste d'admettre que deux formes de discrimination puissent coexister et qu'il y a intersection ». Mais, la Cour en était restée au motif de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sans considérer la discrimination en raison du statut familial.⁸⁰⁹

Cet avis fit sensation. Ainsi, en 1997, le législateur réforma l'article 3, paragraphe 3, de la LCDH en y ajoutant une nouvelle disposition prévoyant qu'une pratique de traitement discriminatoire est susceptible de relever d'un ou de plusieurs motifs interdits ou être le fruit de la combinaison desdits motifs. Sur cette base, la Cour suprême du Canada et d'autres cours et tribunaux ont abordé la question des motifs multiples de

⁸⁰⁸ *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554.

⁸⁰⁹ Opinion citée dans le rapport de la Commission précité, p. 26 : « il est de plus en plus admis que les catégories de discrimination pourraient se chevaucher et que les personnes pourraient souffrir d'exclusion historique fondée à la fois sur la race et sur le sexe ou sur l'âge et sur un handicap physique ou encore sur une autre combinaison (...) la classification de ce type de discrimination comme étant principalement fondée sur l'appartenance raciale ou sur le sexe reflète donc mal la réalité de la discrimination telle qu'elle est vécue par ces personnes. La discrimination peut être fondée sur de nombreux motifs, et lorsque c'est le cas, il n'est pas très utile d'affirmer qu'elle est fondée sur un motif et pas sur tous. Il apparaît plus réaliste d'admettre que deux formes de discrimination puissent coexister et qu'il y a intersection ».

discrimination et de l'intersection des motifs.^{810,811} En outre, les commissions canadiennes chargées du contrôle extrajudiciaire de l'application du principe de non-discrimination ont adopté une attitude analogue⁸¹².

Il est remarquable que la Commission ontarienne des droits de la personne joue un rôle important dans le traitement et l'exploration de la question de la discrimination multiple. Dans un document de travail, la Commission expose les applications possibles d'une approche intersectionnelle des plaintes pour violation des droits de l'homme.⁸¹³ La Commission a élaboré des outils spécifiques pour promouvoir la cohérence dans l'application de l'analyse intersectionnelle dans le cadre de son travail quotidien. Le document de travail fait valoir que dans les cas de discrimination fondée sur des motifs multiples, la discrimination subie par la victime est différent d'une discrimination fondée sur un seul motif. Le terme « intersectionnel » a été défini comme désignant une « oppression intersectionnelle issue de la combinaison de diverses oppressions qui, ensemble, produisent quelque chose d'unique et de différent de toute forme de discrimination individuelle⁸¹⁴ ».

Avec cette approche, il est possible de reconnaître ce vécu et aussi d'y porter remède. En particulier, le document signale les difficultés auxquelles sont confrontées les personnes âgées souffrant d'un handicap, les membres de groupes ethniques minoritaires porteurs d'un handicap et les membres de minorités ethniques qui ont une religion particulière. Il soutient que l'approche intersectionnelle permet de mieux

⁸¹⁰ Les procès ont été décrits dans « Une approche intersectionnelle de la discrimination pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples », par la Commission ontarienne des droits de la personne, à la page: <http://ohrc.on.ca/french/consultations/intersectionalitydiscussion-paper.pdf>. D'autres procès sont décrits dans l'article: Irshad (tuteur à l'instance de) c. Ontario (ministère de la santé), l'affaire Catarina Luis, Vander Schaaf, Falkiner c. Ontario (ministère des services sociaux et communautaires, maintien du revenu), la Cour divisionnaire de l'Ontario et l'affaire Egan.

⁸¹¹ Fernando Rey Martínez, « La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo », *Revista española de derecho constitucional*, n° 84, 2008, pp. 251-283.

⁸¹² La Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) applique la loi canadienne sur les droits de la personne et est responsable du respect, par les employeurs, de leurs obligations, conformément à la loi sur l'équité en matière d'emploi. En outre, toutes les provinces du Canada ont une commission des droits de la personne, mise en place en application d'un code des droits de la personne. Dans certains cas, les motifs interdits en matière d'emploi diffèrent de ceux pour la prestation de services.⁸¹² Document sur les informations comparatives. Le document fait état de renseignements comparatifs sur les motifs de distinction illicites visés par les lois fédérales, provinciales et territoriales sur les droits de la personne au Canada (http://www.chrc-ccdp.ca/publications/prohibitedgrounds-fr.asp?lang_update=1).

⁸¹³ « Approche intersectionnelle de la discrimination pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples - Document de travail » (consultable à la page: http://ohrc.on.ca/french/consultations/intersectionality-discussionpaper_1.shtml).

⁸¹⁴ Eaton, M., « Patently Confused, Complex Inequality and Canada v. Mossop », *Revue d'études constitutionnelles*, vol. 1 (1994), p. 203 à 229.

mettre l'accent sur la réponse de la société envers la personne concernée et moins sur la catégorie à laquelle la personne pourrait s'adapter.

Ainsi, le document de travail de la Commission ontarienne des droits de la personne a mis en relief l'impact pratique et l'importance d'un outil analytique pour lutter contre la discrimination multiple.

En outre, dans certains cas, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a considéré que l'intersectionnalité de la discrimination était un élément décisif dans l'appréciation d'une plainte. L'arrêt *Baylis-Flannery c. Walter DeWilde*⁸¹⁵ représente la première affaire dans laquelle le Tribunal des droits de la personne reconnaît explicitement et applique le concept d'intersectionnalité, tant à la responsabilité qu'à la réparation. Plus précisément, dans cette affaire le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a statué que l'intimé avait fait preuve de discrimination à l'endroit de la plaignante en raison de sa race et de son sexe, par le biais de harcèlement sexuel, de harcèlement racial et de propositions à caractère sexuel, et qu'il l'avait congédiée parce qu'elles objectait à sa conduite. Le Tribunal a considéré que l'intersectionnalité de la discrimination fondée sur le sexe et la race a aggravé la souffrance morale de la plaignante. Il a considéré que l'intimé harcelait la plaignante sur le plan sexuel et sur le plan racial parce qu'elle était une jeune femme noire sur laquelle il pouvait exercer un pouvoir et un contrôle économique. Il l'abaissait à maintes et maintes reprises en raison de ses préjugés racistes de promiscuité sexuelle des femmes noires.

Aussi, le Tribunal canadienne dans l'affaire *Radek c. Henderson Development*, du 13 juillet 2005⁸¹⁶, a estimé que Gladys Radek avait été traitée différemment en raison du fait qu'elle était autochtone et handicapée. Entrant dans une galerie marchande, elle est suivie et interrogée avec brutalité. Lorsqu'elle proteste contre ce traitement, elle reçoit l'ordre de partir. Le Tribunal a estimé que le traitement discriminatoire dont Gladys Radek avait été victime n'était pas un incident isolé mais faisait partie de pratiques discriminatoires généralisées des sociétés Henderson et Securiguard à l'égard des autochtones et des personnes handicapées. Le Tribunal a conclu que la société Henderson et la société Securiguard avaient pratiqué une discrimination à l'encontre de Gladys Radek et faisaient systématiquement de la discrimination envers les autochtones et envers les personnes handicapées.

⁸¹⁵ *Baylis-Flannery v. Walter DeWilde* c.o.b as Tri Community Physiotherapy (No. 2) (2003)

⁸¹⁶ *Radek c. Henderson Development*, du 13 juillet 2005 Affaire consultable sur la base de données:
http://www.chrt-tcdp.gc.ca/search/index_e.asp?searchtype=cases

La Commission ontarienne des droits de la personne fait observer⁸¹⁷ qu'« il faut reconnaître que des progrès ont été réalisés, parmi lesquels: 1) une reconnaissance par la Cour suprême qu'un chevauchement de motifs peut être considéré comme un nouveau motif analogue où entrent en jeu le contexte social, le désavantage historique et la dignité humaine fondamentale, 2) l'application d'une analyse contextuelle axée sur la façon dont la société traite la personne et construit son identité, ce qui comprend l'examen des préjugés historiques, du contexte social, politique et culturel, et des problèmes socioéconomiques, 3) l'utilisation des preuves statistiques pour illustrer la situation particulière des groupes identifiés par un entrecroisement de motifs, 4) les conclusions de discrimination fondées sur tous les motifs identifiant la plainte, et pas seulement ceux qui sont les moins complexes ou les moins sujets à controverse, et 5) le rejet du recours, aux fins de comparaison, à des personnes ou des groupes qui sont identifiés par certains des motifs de la plaignante ou du plaignant, mais pas par tous, parce qu'ils ne constituent pas des sujets de comparaison appropriés».

On peut conclure qu'au Canada, les cours, les tribunaux et les commissions sont parvenus à une réelle reconnaissance de la discrimination intersectionnelle dans le système judiciaire. L'application d'une analyse contextuelle y a été développée pour les affaires où la construction de l'identité des personnes et la réponse de la société à cette identité sont influencées par le désavantage historique, le contexte social, politique et culturel ou les problèmes socio-économiques. À n'en pas douter, la reconnaissance explicite de la possibilité d'une discrimination fondée sur une combinaison de motifs dans la loi canadienne sur les droits de la personne a favorisé l'élaboration de cette loi. On ne retrouve pas la même terminologie dans la législation traitant de la discrimination ni au sein de l'Union Européen, ni aux États-Unis et en Australie.

c. La « discrimination multiple » au Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, la reconnaissance des discriminations multiples se heurta à des obstacles majeurs car le droit anglais en matière d'égalité fut élaboré progressivement

⁸¹⁷ Une approche intersectionnelle de la discrimination pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples», document de travail, Commission ontarienne des droits de la personne (consultable à la page: http://ohrc.on.ca/fr_text/consultations/intersectionality-discussionpaper_6.shtml#3).

et fragmentairement par le biais de textes législatifs épars^{818,819}. Il existe bien évidemment des cas où les juridictions anglaises ont tenu compte de deux motifs de discrimination.⁸²⁰ Toutefois, dans l'affaire *Bahl v. Law Society*, qui concernait la non-promotion d'une femme de couleur du fait de son sexe et de son origine raciale, l'Employment Appeal Tribunal⁸²¹ (tribunal du travail) a jugé qu'elle devait être mise en comparaison avec un homme blanc de manière à pouvoir examiner les effets de son appartenance raciale et du fait qu'elle est une femme. Cependant, tant l'Employment Appeal Tribunal (cour d'appel du travail) que la Court of Appeal (cour d'appel) ont jugé que ce n'était pas possible parce que les motifs devaient être décomposés et que chaque motif devait être envisagé et jugé séparément même si la plaignante les avait vécus comme inextricablement liés.

Mais, depuis quelques années, le droit de non-discrimination du Royaume-Uni a subi des réformes significatives qui favorisent le traitement des discriminations multiples. Déjà, l'Equality Act 2006 a créé un organe unique de contrôle extrajudiciaire dans le domaine de l'égalité, l'Equality and Human Rights Commission. Ensuite, en 2010, le Royaume-Uni a adopté une réforme de sa législation sur les discriminations. En effet l'Equality Act 2010 fut rédigé notamment dans le but de simplifier la législation alors en vigueur sur les discriminations au Royaume-Uni. L'Equality Act vient remplacer l'Equal Pay Act de 1970 ainsi que le Sex Discrimination Act de 1975, le Race Relation Act de 1976, le Disability Discrimination Act de 1995 mais aussi l'Employment Equality Regulation de 2003 concernant la religion et les croyances, l'orientation sexuelle et enfin l'Employment Equality Regulation de 2006 concernant l'âge. L'article 14 de l'Equality Act a introduit une protection légale contre les « dual discriminations » ou « combined discriminations. » L'article dispose « *Un individu (A) a un comportement discriminatoire à l'égard de (B) si, du fait de la combinaison de deux caractéristiques protégées, A traite B de manière moins favorable qu'il traite ou*

⁸¹⁸ V. à propos de l'évolution du droit de non-discrimination du Royaume-Uni et de la façon dont ce droit a abordé les discriminations multiples : S. Hannett, Equality at the intersection: The legislative and judicial failure to tackle multiple discrimination, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, p. 65 et s. ; I. Solanke, Multiple discrimination in Britain Immutability and its alternatives, Paper delivered to ERA, 13-14 Sept. 2010 ; G. Moon, Justice for the Whole Person: The UK's Partial Success Story, in D. Schiek/A. Lawson, *European Union non-discrimination law and intersectionality*, op. cit., p. 157 et s.

⁸¹⁹ DELIYANNI-DIMITRAKOU CHRISTINE « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », RIDC R.I.D.C. 3/2013, p. 657 et s.

⁸²⁰ V. à propos de cette jurisprudence : S. Hannett, Equality at the intersection, op. cit., p. 65 et s. ; I. Solanke, Putting race and gender together: A new approach to intersectionality, *The Modern Law Review*, 2009, p. 723 et s.

⁸²¹ V. *Bahlv. The Law Society and others*, [2004] IRLR 799 CA.

traiterait une personne qui ne serait dotée d'aucune de ces deux caractéristiques. »⁸²²,
823

L'avantage de cette disposition réside en ce qu'elle dispense la victime de l'obligation de prouver séparément l'existence des deux motifs de discrimination sur lesquels elle a fondé sa requête.⁸²⁴, ⁸²⁵ Ainsi l'article 14 pourrait consacrer une reconnaissance des discriminations multiples.

Le gouvernement britannique, avant de rédiger l'article 14, avait lancé une réflexion sur la nécessité d'une telle disposition. Plusieurs institutions se sont donc attelées à la rédaction d'articles expliquant pourquoi une telle disposition était nécessaire, mais aussi comment cette disposition pourrait être mise en œuvre au sein du système de protection légale contre les discriminations. Certains auteurs se sont aussi exprimés sur la question des discriminations multiples en général. Ainsi, initialement, le besoin de reconnaissance des discriminations multiples est venu d'un constat selon lequel chaque individu est complexe et revêt plusieurs caractéristiques. Un individu ne se considère pas comme seulement femme ou simplement noir ou encore homosexuel. Pourtant lorsqu'un individu veut plaider la discrimination au Royaume-Uni, il ne peut le faire que sur le fondement d'une seule « *protected characteristic*. » Dans un rapport rédigé par la Commission européenne en 2007⁸²⁶, il a été constaté qu'au niveau européen c'est surtout au Royaume-Uni mais aussi en Irlande que le phénomène des discriminations multiples a retenu l'attention des auteurs.

Au Royaume-Uni comme aux États-Unis l'approche basée sur la prise en charge d'un seul motif de discrimination ('single axis approach') a été vivement critiquée. Après, plusieurs affaires impliquant des questions de discriminations multiples ont été portées devant les tribunaux britanniques. L'issue insatisfaisante de ces dernières pour

⁸²² V. Equality Act 2010, 2 (14) 1 «[A person (A) discriminates against another (B) if, because of a combination of two relevant protected characteristics, A treats B less favorably than A treats or would treat a person who does not share either of those characteristics]».

⁸²³ GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

⁸²⁴ V. Equality Act 2010, 2 (14) 3 « For the purposes of establishing a contravention of this Act by virtue of subsection (1), B need not show that A's treatment of B is direct discrimination because of each of the characteristics in the combination (taken separately). »

⁸²⁵ B. Hepple, The New Single Equality Act in Britain, *The Equal Rights Review*, 2010, p. 11 et s.

⁸²⁶ Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, « Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », Document terminé en septembre 2007

les justiciables a poussé le gouvernement à considérer la question des discriminations multiples.

On a déjà mentionné que dans l'affaire *Bahl c. Law Society*⁸²⁷, qui a fait couler beaucoup d'encre: en l'espèce, la juridiction britannique n'a pas reconnu l'éventualité selon laquelle la discrimination aurait pu se fonder simultanément sur deux motifs, de sorte que ceux-ci ne pouvaient être dissociés.⁸²⁸ La Court of Appeal avait statué clairement que chaque motif devait être pris en considération séparément. Si l'article 14 de l'Equality Act 2010 avait été en vigueur alors, l'issue de l'affaire aurait probablement été différente. En effet cet article permettrait d'accueillir les demandes portant sur des discriminations directes fondées sur deux 'protected characteristics'. L'article donne une liste exhaustive de ces 'protected characteristics' qui sont au nombre de sept : il s'agit de l'âge, du handicap, de la transsexualité, de la race, de la religion ou croyance, du sexe et de l'orientation sexuelle. Ainsi les deux motifs soulevés par le demandeur dans l'affaire *Bahl c. Law Society*, auraient été couverts par l'article 14.⁸²⁹

Toutefois l'article précise bien que la protection est limitée à la combinaison de deux motifs. En effet la Government Equalities Office justifie cette limitation par la nécessité de fournir une plus grande protection tout en évitant d'imposer une charge disproportionnée aux entreprises et organisations. De plus, selon le même Office, il a été prouvé que la protection de deux motifs répondrait à 90% des cas de discrimination multiple.

De plus s'ajoute à cette restriction une autre limitation, conformément au 4^e point de cette même disposition, la requête en discrimination multiple sera rejetée si l'auteur, invoquant l'Equality Act 2010 ou quelque autre loi, prouve que le traitement discriminatoire dont il est l'auteur aux dépens de la victime ne constitue pas une

⁸²⁷ *Bahl contre the Law Society* (Bahl contre Law Society [2003] I.R.L.R. 640 et [2004] I.R.L.R. 799)

⁸²⁸ Voir aussi l'affaire : Employment Appeal Tribunal, Ministry of Defence contre DeBique [2010] IRLR 471 (EAT), 12 octobre 2009. Plusieurs motifs de discrimination ont été pris en compte. Recours pour discrimination indirecte fondée sur le sexe et discrimination indirecte fondée sur la race « la nature de la discrimination est telle qu'elle ne peut pas toujours être raisonnablement subdivisée en catégories distinctes. Tandis que certaines demanderesses soulèvent des questions ne concernant que l'un ou l'autre des motifs interdits, les tentatives d'en invoquer plusieurs dans une même affaire risque de fausser la bonne compréhension et la bonne évaluation du véritable désavantage subi par les demanderesses. » GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

⁸²⁹ Aileen McColgan dans le Document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009.

discrimination directe illégale fondée sur une ou deux caractéristiques de la victime⁸³⁰. Ainsi, si une disposition de l'Equality Act 2010 ou de quelque autre loi prévoit des dérogations au principe de non-discrimination concernant un des motifs de discrimination interdits qui forment le fondement de la requête de la victime, ladite requête sera rejetée

La Government Equalities Office estimant qu'aucune preuve ne montre qu'en cas de discrimination indirecte les recours manquent dans les affaires impliquant plus d'un motif de discrimination, en outre elle considère qu'une fois encore la charge pesant sur les entreprises et organisations serait disproportionnée. Or cette limitation réduirait considérablement l'impact de la nouvelle législation. De plus, une jurisprudence récente semble jeter le trouble sur cette dernière limitation. Dans l'affaire *Ministry of Defence v. Debiq* (2009) une femme avait intenté une action pour discrimination indirecte fondée sur son sexe et sa race. L'Employment Appeal Tribunal avait accueilli la demande, qui n'aurait pu aboutir si la demanderesse avait soulevé les motifs de discriminations séparément. Lors de cette affaire Justice Cox avait déclaré que la discrimination était une 'multifaceted experience' (concept multi-facette). Les tribunaux britanniques dans cette affaire ont considérés la possibilité d'offrir une protection contre les discriminations indirecte reposant sur deux motifs, tandis que l'article 14 limite la protection aux discriminations directes.

Ensuite, il convient de mentionner que, dans l'affaire *Miriam O'Reilly contre British Broadcasting Corporation* (2011), où un présentateur de la British Broadcasting Corporation (BBC) a été remplacé par une présentatrice plus jeune que lui, alors qu'un présentateur masculin plus âgé a été, quant à lui, maintenu à son poste, les deux motifs de discrimination ont été examinés séparément et non conjointement. Le tribunal du travail (Employment Tribunal) a constaté uniquement une discrimination fondée sur l'âge, et n'a pas établi de discrimination fondée sur le sexe.⁸³¹

⁸³⁰ V. Equality Act 2010, 2(14) 4 « But B cannot establish a contravention of this Act by virtue of subsection (1) if, in reliance on another provision of this Act or any other enactment, A shows that A's treatment of B is not direct discrimination because of either or both of the characteristics in the combination ».

⁸³¹ United Kingdom, Employment Tribunal, affaire Nr. 2200423/2010 (ET), *Miriam O'Reilly contre British Broadcasting Corporation*, arrêt du 11 janvier 2011.. GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

D'ailleurs, selon Iyola Solanke⁸³², le concept de discrimination multiple de l'article 14 a été annexé à la seule dimension de la loi anti-discrimination déjà existante. Selon lui, ceci indique une logique additive, ne comportant pas le cas de synergie des motifs, il s'agit de la discrimination additive et non intersectionnelle.

Ainsi les auteurs ont émis certaines réserves sur l'article 14 de l'Equality Act 2010. La réserve principale est que cet article ne couvre que les cas où deux motifs seulement seraient soulevés. Or, le concept de discrimination multiple ne comporte pas une telle restriction. L'on peut alors s'interroger s'il est vraiment possible de parler de discrimination multiple s'il existe une limitation dans le nombre de motifs pouvant être invoqués.⁸³³ C'est pourquoi, dans les différents rapports de la commission européenne, les auteurs ont émis le souhait d'une définition de la discrimination multiple au sein de la législation européenne. Ce serait probablement une des solutions envisageable afin d'inciter les États membres à se tourner vers cette question.

Par conséquent, cet article présente un certain nombre de limites qui pourraient conduire à revoir ses effets « révolutionnaires » à la baisse. En tout cas, il s'agit d'une disposition unique en son genre en Europe et elle pourrait influencer d'autres législations nationales, mais aussi la législation européenne.

d. La « discrimination multiple » en Afrique du Sud

L'Afrique du Sud, influencée par sa colonisatrice, la Grande-Bretagne, et ayant adoptée la « common law », a acquis un système de droit de l'égalité qui a été conçu dans une approche multidimensionnelle.

Karon Monaghan⁸³⁴ fait valoir que, la promotion sud-africaine de l'égalité et sa loi sur la prévention de la discrimination est plus adaptée à la lutte contre les discriminations multiples que les autres régimes d'égalité grâce à l'accent mis sur l'égalité réelle, à l'ampleur des motifs protégés et à son approche quasi-généralisée.

Ainsi, la loi sud-africaine interdit la discrimination fondée sur une liste de motifs, mais aussi sur tout autre motif quand la discrimination fondée sur cet autre motif

⁸³² SOLANKE IYOLA, Multiple Discrimination in Britain: Immutability and its Alternative, Paper delivered to the ERA, 13-14 September 2010

⁸³³ SOUMIS PAR NOGOYE DIENG « L'article 14 de l'Equality Act 2010 (Royaume-Uni) : vers une reconnaissance des discriminations multiples ? » 26/08/2011 <http://m2bde.u-paris10.fr/content/larticle-14-de-lequality-act-2010-royaume-uni-vers-une-reconnaissance-des-discriminations-mu?destination=node%2F2291>

⁸³⁴ KARON MONAGHAN, « Equality Law, Oxford University Press, 2007

provoque ou perpétue un désavantage systémique ou porte atteinte à la dignité humaine.⁸³⁵

L'on pourrait faire valoir que, en assurant une protection sur des motifs supplémentaires, la législation sud-africaine ne permet pas d'éviter les problèmes fondamentaux d'une approche catégorielle, mais permet simplement la protection des catégories additionnelles. Cependant, ce n'est pas le cas, surtout en raison de la façon dont les autres motifs sont à identifier. La question de savoir si un motif est protégé, repose sur l'effet du traitement de l'individu et exige une analyse contextuelle de la situation du demandeur. Les nouveaux motifs peuvent donc être de nature très différente des motifs énumérés et pourraient être définis selon un sens propre à l'identité de demandeur.

L'approche sud-africaine flexible est ainsi en mesure de répondre à tout motif, défini par le demandeur, lorsque ce motif constitue un indice de préjudice ou il est un élément important de la conscience de soi de la personne. Un tel système aurait pour effet d'éliminer les principaux obstacles à une demande portant sur la discrimination intersectionnelle, associés à la législation catégorielle de la discrimination.

Ce faisant, il permet aux gens de s'exprimer et de vivre selon leur identité et il encourage le législateur à enquêter et à lutter contre les causes les plus complexes de discrimination et les conséquences des préjudices.

e. Remarques de conclusion

Contrairement à la situation en Union européenne, il existe une réelle prise de conscience de la discrimination multiple aux États-Unis, au Canada et Royaume-Uni ainsi qu'en Afrique du Sud où le droit de non-discrimination a subi des réformes significatives qui favorisent le traitement des discriminations multiples. Des institutions et des agences ayant un mandat pour appliquer ou pour promouvoir la non-

⁸³⁵ La section 1 (1) (xxii) définit les motifs interdits comme :

(a) la race, le sexe, la grossesse, l'état matrimonial, l'origine ethnique ou sociale, la couleur, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, religion, de conscience, de croyance, la culture, la langue et la naissance, ou

(b) un autre motif ou la discrimination fondée sur cet autre motif

(i) provoque ou perpétue un désavantage systémique

(ii) porte atteinte à la dignité humaine, ou

(iii) affecte négativement l'utilisation égale des droits et libertés de la personne d'une manière sérieuse qui est comparable à la discrimination sur un motif à l'alinéa (a).

discrimination y explorent comment comprendre et mettre en œuvre une approche intersectionnelle dans leur cadre juridique.

B. La pénétration de la notion de « discrimination multiple » dans le droit international et européen

- a. La « discrimination multiple » en droit international : la première reconnaissance explicite de la discrimination multiple par la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées

La notion de discrimination multiple occupe une place importante dans le droit international et, notamment, dans les textes internationaux de l'Organisation des Nations unies (ONU) sur les droits humains. Bien entendu, la majorité d'entre eux n'interdit pas formellement cette forme complexe de discrimination⁸³⁶. Par exemple, la convention n° 111⁸³⁷ de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur la lutte contre les discriminations dans l'emploi n'aborde pas la notion de la « discrimination multiple » dans son texte, ce qui n'est guère surprenant si l'on tient compte du fait qu'il date de 1958. Toutefois, depuis quelques années, des efforts sont consentis afin d'intégrer au niveau interprétatif cette forme au champ de protection de ces textes⁸³⁸.

Ainsi, la Conférence mondiale sur les femmes qui s'est déroulée à Beijing en 1995 eut une contribution déterminante dans ce sens. En effet, il y a été souligné, entre autres, que l'âge, le handicap, le statut socio-économique ainsi que le fait d'appartenir à une certaine race ou à un groupe ethnique était susceptible de poser de sérieux obstacles aux femmes⁸³⁹.

Aussi, le Comité des Nations unies sur l'élimination des discriminations contre les femmes, et le Comité sur l'élimination de la discrimination raciale ont adopté des recommandations en ce sens : Recommandation générale n° 24 concernant « les femmes et la santé », 2 février 1999 ; Recommandation générale n° 25 concernant « la

⁸³⁶ DELIYANNI-DIMITRAKOU CHRISTINE « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », RIDC R.I.D.C. 3/2013, p. 657 et s.

⁸³⁷ **Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, Convention concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (Entrée en vigueur: 15 juin 1960) Adoption: Genève, 42ème session CIT (25 juin 1958) - Statut: Instrument à jour (Conventions Fondamentales).**

⁸³⁸ Makkonen, Multiple, compound and intersectional discrimination, op. cit., p. 37 e s.

⁸³⁹ Fourth World Congress on Women, Beijing Declaration and Platform Action, 15 September 1995, A/CONF, 17/20 (1995), A/CONF, 177/20/Add.1 (1995).

dimension sexiste de la discrimination raciale », 20 mars 2000 ; Recommandation n° 19 relative aux violences à l'égard des femmes, du 29 janvier 1992.

En outre, en 2000, le Comité chargé du contrôle de la mise en œuvre de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD), a adopté une recommandation générale (n° 25) sur les aspects de l'égalité raciale liés au sexe, invitant les États ayant ratifié ce texte international à élaborer des rapports à ce sujet⁸⁴⁰. Dans cette recommandation, le Comité observe que cette Convention va au-delà de la notion de discrimination évoquée dans de nombreux textes normatifs nationaux et internationaux parce qu'elle vise essentiellement la discrimination à l'égard des femmes, soulignant qu'elles ont souffert et continuent de souffrir de diverses formes de discrimination simplement à cause de leur sexe. Selon le Comité, il ne suffit pas de garantir un traitement identique des femmes et des hommes. Il faut plutôt tenir compte des différences biologiques entre les hommes et les femmes et de celles qui sont le résultat d'une production culturelle et sociale. Dans certains cas, il n'est pas possible de traiter de la même façon les hommes et les femmes du fait de ces différences. Pour atteindre cet objectif d'égalité réelle, il est également indispensable de suivre effectivement une stratégie de lutte contre la sous-représentation des femmes et de redistribution des ressources et des responsabilités entre les hommes et les femmes⁸⁴¹.

Les recommandations générales, donc, ainsi que les conclusions du Comité chargé du contrôle de la mise en œuvre de la Convention internationale⁸⁴² de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW)⁸⁴³ contiennent également des références importantes aux questions concernant la discrimination multiple.

⁸⁴⁰ BCERD, General Comment 25 on Gender Related Dimensions of Racial Discrimination, in Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc.HRI/GEN/1/Rev.6, 2003.

⁸⁴¹ GERARDS Janneke, *Discrimination Grounds*, dans l'ouvrage D. Shiek/L. Waddigton/M. Bell (eds.), *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford and Portland, 2007, p. 31-184

⁸⁴² D'ailleurs, la Déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail prévoit que « l'ensemble des membres, même s'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions », et notamment « d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. »

⁸⁴³ V. Des exemples de références de ce type : CEDAW, General Recommendation 18 on Disabled Women/ General Recommendation no 24 on Women and Health, Compilation of General Comments

En plus, la discrimination multiple fut également reconnue lors de la Conférence des Nations unies contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance, tenue à Durban en 2001⁸⁴⁴, et dans le rapport global présenté lors de la 91^e session de la Conférence internationale du travail (OIT) en 2003, intitulé « L'heure de l'égalité au travail »⁸⁴⁵. Auparavant, un rapport de l'Institut finlandais « For Human Rights⁸⁴⁶ » montre la prise en considération dans le cadre des Conventions internationales des droits de l'homme de plusieurs dimensions de la discrimination « raciale » ou de genre.

Enfin, la convention internationale de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées⁸⁴⁷ qui a été ratifiée le 5 janvier en 2011 par l'Union européenne⁸⁴⁸, fait une référence à l'intersectionnalité⁸⁴⁹. Tout d'abord, elle exprime au paragraphe (p) de son préambule la préoccupation des États signataires quant aux difficultés que rencontrent les personnes handicapées qui sont exposées à des formes multiples ou aggravées de discrimination. Mais, au-delà de ce règlement non contraignant, aux articles 6 et 7, le texte international en question introduit également l'interdiction formelle des discriminations multiples à l'égard des femmes et des enfants handicapés. En outre, en son article 16, il prévoit que les États parties à la Convention prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer aux personnes handicapées des formes spéciales d'assistance adaptées au sexe et à l'âge.

Un auteur a fait valoir que ces dispositions de la convention internationale de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées représentent un nouveau modèle d'égalité, celui qui prévoit explicitement facteurs de discrimination agissant

and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, in U.N. Doc HRI/GRN/1/Rev. 6, 2003 <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom23>.

⁸⁴⁴ La Déclaration (art. 2) reconnaît que le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance surviennent en raison de la race, de la couleur, de la nationalité ou de l'origine ethnique et que les victimes peuvent souffrir de formes multiples ou aggravées de discrimination basées sur d'autres facteurs comme le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques, l'origine sociale, la propriété, la naissance ou encore d'autres situations.

⁸⁴⁵ Rapport global en vertu du suivi de la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Genève, BIT, 2003, XIV, 149 p.

⁸⁴⁶ T. MAKKONEN, Multiple, compound and intersectional discrimination : bringing the experiences of the most marginalized to the fore, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, avr. 2002

⁸⁴⁷ Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, EE L 23/37/27.1.2010. Elle a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 13 décembre 2006, et est entrée en vigueur le 3 mai 2008

⁸⁴⁸ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-4_fr.htm

⁸⁴⁹ HENDRIKS AART "The UN disability Convention and (multiple) discrimination (should EU non discrimination law be modelled accordingly?)", Citation 2 Eur. Y.B. Disability L. 7 2010

cumulativement et qu'elle marque une nette évolution au-delà de droit anti-discrimination américain et de l'Union européenne⁸⁵⁰.

Néanmoins, selon Aart Hendriks⁸⁵¹, il existe au moins trois raisons pour lesquelles l'approche de la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées qui, selon elle, semble manquer de cohérence interne, ne suffit pas pour offrir une protection adéquate contre toutes les formes de discrimination multiple. En premier lieu, souligne-t-elle, le motif du handicap est plus hétérogène que homogène. La mesure dans laquelle les personnes handicapées sont exposées à une discrimination (unique) dépend de la nature, du type et du degré de leurs déficiences, de la visibilité de celles-ci ainsi que de ce que ces déficiences impliquent du point de vue de la participation et de l'intégration sociale. Il est très probable que le caractère précis et la manifestation d'une déficience soit un bon prédicteur pour la discrimination fondée sur le handicap. Il en va de même pour les autres motifs susceptibles de s'ajouter à la discrimination fondée sur celui-là. Être handicapé et avoir d'autres caractéristiques de groupes non dominants (être femme ou membre d'un groupe racial, ethnique, religieux ou sexuel) peut augmenter la probabilité d'une discrimination multiple, alors que les caractéristiques des groupes dominants peuvent, aux yeux des autres, compenser les déficiences et conduire à un traitement égal. Comprendre et réfuter la discrimination multiple exigent, chaque fois que cela est nécessaire, une évaluation critique des handicaps et des autres motifs impliqués.

En deuxième lieu, la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ne fournit pas de raisons claires et convaincantes pour lesquelles elle a limité le sens – et, par conséquent, la fonction de protection – de la discrimination multiple à la discrimination fondée sur le handicap qui affecte les femmes et les filles. Cela signifie-t-il que cette convention n'offre pas de protection contre d'autres formes de discrimination multiple, par exemple, celle fondée sur le handicap et la race ? Et quelle est la logique qui sous-tend cette limitation et qui contraste avec la formulation du préambule de la convention, où il est reconnu qu'une discrimination multiple peut affecter beaucoup plus d'individus et de groupes ? Et comment cela se rapporte-t-il à l'obligation des États d'entreprendre des mesures de sensibilisation en accordant une

⁸⁵⁰ QUINN GERARD, FLYNN EILIONOIR, « Transatlantic Borrowings : The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability », *The American Journal of Comparative Law*, winter 2012, number 1, p. 23. P. 45.

⁸⁵¹ HENDRIKS AART "The UN disability Convention and (multiple) discrimination (should EU non discrimination law be modelled accordingly?)", *Citation 2 Eur. Y.B. Disability L.* 7 2010

attention particulière à l'interrelation entre le handicap, d'une part, et le sexe et l'âge, d'autre part ?

En troisième lieu, la discrimination multiple ne peut être étudiée isolément, mais doit toujours tenir compte des facteurs interpersonnels et contextuels. La convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ne propose pas de guidance sur la manière de procéder, mais est très axée sur la dimension personnelle (motif) de la discrimination, suivant ainsi le modèle médical du handicap plutôt que le modèle social.

b. La « discrimination multiple » dans le droit du Conseil de l'Europe

En droit européen, l'approche de la discrimination est tout aussi classique, si l'on se réfère à la Convention européenne des droits de l'homme (en son article 14). On y retrouve la prohibition de toute discrimination fondée sur les motifs tels que le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ou tout autre. La nature ouverte et non exhaustive de cette énumération a permis à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) d'étendre la liste pour y inclure, par exemple, le handicap et l'orientation sexuelle. Ainsi, sous l'article 14, il n'est pas nécessaire de prouver qu'une différence de traitement est fondée sur un motif spécifique et la CEDH peut décider pour chaque cas sans limitations de clauses d'exception.

D'ailleurs, la CEDH a jugé dans quelques affaires qu'un cas complexe d'inégalité de traitement peut ne pas être fondé sur un ou plusieurs motifs de ceux expressément mentionnés dans la Convention. Dans l'affaire *Rasmussen c. Danemark*,⁸⁵² la CEDH a statué qu'il existait une différence de traitement entre M. Rasmussen et son ex-épouse quant à la possibilité de contester en justice la paternité. Il n'y a pas lieu de rechercher sur quoi elle se fondait soulignant que la liste dressée à l'article 14 n'est pas limitative.⁸⁵³ Dans ce cas, la Cour était en mesure de soutenir le traitement différent fondé sur le sexe, mais elle n'a pas jugé nécessaire de le faire. Au lieu de cela, elle a

⁸⁵² Requête no 8777/79, *AFFAIRE RASMUSSEN c. DANEMARK* Cour européenne des droits de l'homme, le 28 Novembre 1984.

⁸⁵³ V. également : arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976, série A n° 22, p. 30, par. 72

souligné la différence réelle de traitement à cause de la différence entre le délai applicable à l'époux et celui qui avait été appliqué à l'épouse.

Cependant, cette liste non exhaustive de l'article 14 permet l'interdiction des plusieurs motifs combinés, mais rien n'est dit des conséquences qu'il faudrait en tirer le cas échéant.

Les difficultés pour faire place à une approche multidimensionnelle de la discrimination sont assez bien reflétées par l'affaire Leyla Sahin jugée par la Cour Européenne des droits de l'Homme en 2005.⁸⁵⁴ Dans cette affaire, la plaignante s'était vue interdire le port du voile islamique à l'université par les autorités turques et elle a invoqué à la fois la violation de la liberté de conscience et de religion (art. 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, ci-après CEDH), du droit à l'éducation (art. 2 du protocole n° 1), du droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH), de la liberté d'expression (art. 10 CEDH) ainsi que la violation de l'interdiction des discriminations formulée par l'art. 14 de la CEDH. La Cour européenne a considéré, en ce qui concerne la question de la discrimination, que la plaignante n'avait pas fourni d'éléments suffisants à l'appui de sa requête, évitant d'examiner si la mesure d'interdiction ne frappait pas particulièrement la plaignante en tant que femme musulmane.

c. La « discrimination multiple » dans le droit de l'Union européenne

Actuellement, la législation de l'Union européenne n'interdit pas expressément la discrimination multiple. Elle a considéré la question de la discrimination multiple sans toutefois clairement inciter les États Membres à prendre des mesures de protection légale contre ces dernières. De plus, elle n'a jamais officiellement proposé de définition de la notion.

Au-delà du manque de référence à la notion de la discrimination multiple, le droit de l'égalité de l'Union européenne peut contribuer de manière indirecte à lutter contre elle. Dans sa directive sur l'égalité de l'emploi, 43/2000⁸⁵⁵ **sur la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes, sans distinction de race ou**

⁸⁵⁴ Cour Européenne des droits de l'Homme, Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005. (Pour une analyse de cette jurisprudence, v. notam. M. Malik, « Complex Equality: Muslim women and the headscarf », *Droit et Société* n° 68/2008, p. 127-152).

⁸⁵⁵ **Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.**

d'origine ethnique, l'Union européenne avait déjà mentionné le désir de combattre les discriminations multiples. En effet, le paragraphe 14 du préambule de la directive 43/2000 dispose : « Dans la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique, la Communauté cherche, conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité CE, à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples. »

En outre, du fait que les directives 43/2000 et 78/2000 citent expressément le principe d'intégration (Mainstreaming)⁸⁵⁶, la Commission européenne est tenue de citer les effets de ces deux textes dans les rapports qu'elle établit au sujet de leur mise en œuvre par les États membres.⁸⁵⁷ Cependant, jusqu'à présent, l'absence d'information suffisante a empêché la Commission européenne de respecter cette obligation de manière satisfaisante.⁸⁵⁸

Afin de compléter le cadre juridique contre la discrimination de l'Union européenne, la Commission a proposé en 2008 une directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle.⁸⁵⁹ Ainsi, le projet de directive adopté le 2 juillet 2008 relatif à l'élargissement du champ d'application de la directive n° 2000/78/CE revient sur la question de la discrimination multiple. La communication (COM [2008] 420) qui accompagne le projet insiste sur la nécessité de prendre en compte les processus de croisement et d'interaction. Elle entend s'appuyer sur les pratiques établies dans certains États membres qui prévoient une procédure unique, laquelle permet aux victimes de discriminations de déposer des plaintes et de considérer comme une circonstance aggravante la discrimination fondée sur plusieurs motifs (point 3.2). Le projet reflète la difficulté à pleinement intégrer le concept de discrimination multiple dans l'arsenal juridique communautaire.⁸⁶⁰ L'exposé des motifs

⁸⁵⁶ Le principe d'intégration ou « principe du mainstreaming » était prévu à l'article 3, par. 2, du traité CE, devenu l'article 8 du TFUE.

⁸⁵⁷ V. article 17, par. 2, de la directive 2000/43 relative à l'égalité sans distinction de race et l'article 19, par. 2, de la directive 2000/78 relative à l'égalité de traitement en matière de travail et d'emploi.

⁸⁵⁸ V. D. Schiek/J. Mulder, Intersectionality in EU law: A critical-re-appraisal, in : D. Schiek/A. Lawsson (éd.), *European Union non-discrimination law and intersectionality*.

⁸⁵⁹ COM 2008, 426 final.

⁸⁶⁰ Bruxelles, 2.7.2008, com 2008 426 final

indique : « la nécessité de lutter contre la discrimination multiple, par exemple, en la définissant en tant que discrimination et en garantissant des voies de recours efficaces, a également été soulignée ». Il est toutefois rajouté que « ces questions dépassent le cadre de la présente directive, mais rien n’empêche les États membres de prendre des mesures dans ces domaines ». Le texte même de la proposition ne contient aucune indication normative sur le sujet et il faut entendre que la balle est effectivement dans le camp des législations nationales.⁸⁶¹

Bien que les directives n’interdisent pas formellement les discriminations multiples, leur contribution à la lutte de la discrimination multiple peut être importante. Les motifs qui renforcent cette conviction sont au nombre de trois. En premier lieu, tout comme l’article 19 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (*TFUE*), ces textes communautaires élargissent les motifs de discrimination, ce qui ouvre la perspective d’actions basées sur plusieurs motifs simultanément et la reconnaissance de la discrimination multiple. Par exemple, on peut supporter que la discrimination multiple puisse être combattue juridiquement dans le domaine de l’emploi au sein de l’Union européenne car les six motifs sont couverts, à savoir le sexe, l’âge, la race ou l’origine ethnique, un handicap, la religion ou les convictions et l’orientation sexuelle. Dans plusieurs pays, la jurisprudence relative à la discrimination multiple montre également qu’il est possible, dans le domaine de l’emploi, de traiter d’affaires de discrimination lorsque plus d’un motif est invoqué, même si cela peut impliquer que les motifs sont débattus un par un. Ceci rend intéressant le débat, au niveau communautaire, sur les problèmes auxquels donnent naissance le concours et l’interaction de ces motifs.

En deuxième lieu, les directives promeuvent - à un certain degré - l’aspect substantiel de l’égalité, en instaurant - parallèlement au principe d’égalité de traitement - les principes de l’égalité des chances et de l’égalité des résultats. Et, enfin, elles ne se limitent pas à promouvoir la justice individuelle à l’aide de règles qui rendent efficace le jugement des recours individuels, mais elles vont également jusqu’à instaurer la dimension collective du droit de l’égalité à l’aide de règles qui visent à adopter des mesures et des politiques proactives.

⁸⁶¹ Susanne Burri Discrimination Multiple Séminaire juridique, 4 octobre 2011 Approches de la législation sur l’égalité et la non-discrimination à l’intérieur et hors de l’UE DOCUMENT DE RÉFLEXION – ATELIER 2

Cependant, les directives produisent en même temps plusieurs obstacles potentiels à une lutte efficace contre la discrimination multiple. Un obstacle est né par la séparation des règles communautaires contraignantes qui régissent les principes d'égalité et de non-discrimination, en trois catégories de textes et plus précisément en trois séries de directives : l'une concernant la race et l'origine ethnique⁸⁶², l'autre concernant la religion et les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle⁸⁶³ et une troisième portant sur la discrimination fondée sur le genre.⁸⁶⁴ En outre, des problèmes peuvent se poser lorsque les directives possèdent des champs d'application différents et le niveau de protection diffère d'une directive à l'autre. La directive relative à l'égalité raciale interdisant la discrimination sur une portée plus large que la directive relative à l'égalité en matière d'emploi. Ainsi, alors que la législation européenne interdit la discrimination raciale dans le domaine du logement et d'autres services, elle n'interdit pas la discrimination en dehors de l'emploi et de la formation professionnelle lorsqu'elle se fonde sur la religion, le handicap, l'orientation sexuelle ou l'âge. Cela rend difficile, par exemple, pour les membres âgés de minorités ethniques d'intenter une action pour discrimination multiple au niveau des soins de santé ou du logement. De tels requérants ne pourraient intenter une action en vertu des directives que pour discrimination pour motif d'origine ethnique. Une telle action pourrait toutefois être rejetée si de jeunes membres de leur groupe ethnique ne subissent aucun désavantage. Avec l'extension de la couverture de la directive relative à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans un domaine similaire à celui de la directive relative à l'égalité raciale, cette difficulté a peu de chances de se présenter aux femmes qui souffrent de discrimination multiple fondée sur les motifs du genre et, par exemple, de l'origine ethnique mais elle se posera aux femmes âgées. Cette situation ne favorise pas l'égalité de traitement et l'égalité des chances pour tous les citoyens dans tous les domaines, par conséquent, les multiples identités des personnes ne sont pas reconnues. Ainsi, l'approche du motif unique adoptée par les directives devrait être remise en question car elle pourrait ne pas couvrir pleinement les multiples facettes de la discrimination.

Une autre raison expliquant la faiblesse du droit de la non-discrimination de l'UE à lutter efficacement contre les discriminations multiples a trait à la manière dont il

⁸⁶² Directive relative à l'égalité raciale (2000/43/CE).

⁸⁶³ Directive relative à l'égalité en matière d'emploi (2000/78/CE).

⁸⁶⁴ Directive relative à l'égalité de traitement (76/207/CEE).

aborde les motifs de discriminations interdits. En effet, contrairement à d'autres textes internationaux qui citent ces motifs à titre indicatif, l'article 19 du TFUE et les directives 43/2000 et 78/2000 énumèrent ces motifs de manière restrictive, privant la Cour de Justice de l'Union européenne de la possibilité d'en reconnaître de nouveaux.⁸⁶⁵ Par ailleurs, on pourrait rétorquer à ces obstacles qu'il appartient à la Cour de combiner deux ou plusieurs motifs de discrimination vu que les préambules des directives européennes reconnaissent que les motifs différents peuvent avoir une intersection.

En outre, bien que l'Union européenne ne cite pas la notion de la « discrimination multiple » dans ses textes contraignants, elle la cite néanmoins dans ses textes non contraignants qui régissent les politiques de la Commission européenne visant à mettre en œuvre le principe de non-discrimination.

Ainsi, au 4^e considérant de la Décision du Conseil de 2000 établissant un programme d'action de la Commission contre les discriminations, il est, entre autres, prévu que promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes implique l'adoption de mesures de lutte contre les discriminations multiples. Au 5^e considérant, en outre, il est indiqué que les nouvelles politiques contre les discriminations incluent la lutte contre les discriminations multiples. Une communication plus récente de la Commission européenne cite comme objectif la création d'ONG nouvelles, de plus petite portée, qui représentera les groupes minoritaires qui naissent de l'entrelacement des traits identitaires.⁸⁶⁶

En outre, dans sa communication intitulée « Stratégie-cadre pour la non-discrimination et l'égalité des chances pour tous », adoptée en juin 2005, la Commission européenne a reconnu que la mise en œuvre et l'application de la législation antidiscrimination au niveau individuel ne suffit pas pour venir à bout des inégalités complexes et profondément ancrées dont sont victimes certains groupes de la population.⁸⁶⁷

⁸⁶⁵ CJUE, arrêt C-1305, Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA, [2006] Recueil I-6467, qui a admis que l'article 13 du traité CE (à présent, article 19 TFUE) énumère de manière exhaustive les motifs de discrimination illicite.

⁸⁶⁶ *Décision 2000/750/CE* du Conseil du 27 novembre 2000 établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (points 4 et 5 de l'exposé des motifs) (2001-2006), EE L 303/ 2.12.2000, p. 23-28.

⁸⁶⁷ Communication de la Commission adoptée en juin 2005, COM(2005) 224 final (http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/policy/strat_fr.htm). Ce rapport est le fruit d'une étude portant sur la discrimination multiple menée dans dix États membres de l'Union européenne : le Danemark, l'Irlande, la Grèce, la France, la Lituanie, la Hongrie, les Pays-Bas, la Roumanie, la Suède

Depuis, la décision du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 relative à l'année européenne de l'égalité des chances pour tous (2007) - Vers une société juste - (Décision n° 771/2006/CE, JO UE, n° L 146/1), insiste, au point 14 de l'exposé des motifs, sur la question des discriminations multiples et précise, au point 10, qu'« il est essentiel que les actions ayant trait à la race ou à l'origine ethnique, à la religion ou aux convictions, au handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle tiennent pleinement compte des différences entre hommes et femmes ». L'article 4 de la Décision demandait que « l'année européenne tien(ne) compte des différentes façons dont les femmes et les hommes ressentent la discrimination sur la base de l'origine raciale ou ethnique, de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle ».

La question de discrimination multiple a fait aussi l'objet d'un rapport pour la Commission européenne par l'Institut danois pour les droits humains en 2007.⁸⁶⁸ L'étude, outre son importante bibliographie, apporte des illustrations concrètes et variées de la discrimination multiple traitées par les Cours suprêmes de pays anglo-saxons.

En 2009,⁸⁶⁹ la Commission européenne avait aussi publié un rapport sur les discriminations multiples, expliquant les enjeux et l'avenir de la question. Le rapport souligne bien le manque de législation spécifique en la matière. Plusieurs experts se sont prononcés sur la question de discrimination multiple. Sylvaine Laulom a analysé la situation de la France au regard de la discrimination multiple.⁸⁷⁰

et le Royaume-Uni. L'étude applique la méthode de l'action participative. Une bonne centaine d'acteurs ont participé à des tables rondes un peu partout dans l'Union européenne pour débattre du phénomène de discrimination multiple. L'étude, réalisée pour le compte de la Commission européenne, a été menée en étroite liaison avec la Commission et supervisée par un groupe de pilotage constitué de représentants du contractant, de la Commission, des ONG, des pouvoirs publics et d'experts.

⁸⁶⁸ Commission européenne (2007) Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws, Bruxelles, septembre 2007, étude placée sous la direction de l'Institut danois des droits de l'homme, de Mandana Zarrehparvar et de Caroline Osander.

⁸⁶⁹ S. Burri et D. Schiek, 'Multiple Discrimination in EU Law : Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination ? EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, Manuscrit achevé en juillet 2009.

⁸⁷⁰ SOUMIS PAR NOGOYE DIENG « L'article 14 de l'Equality Act 2010 (Royaume-Uni) : vers une reconnaissance des discriminations multiples ? » 26/08/2011 <http://m2bde.u-paris10.fr/content/larticle-14-de-lequality-act-2010-royaume-uni-vers-une-reconnaissance-des-discriminationsmu?destination=node%2F2291>

De plus, à l'occasion des conclusions du Sommet de Paris sur l'Égalité (29-30 septembre 2008)⁸⁷¹ a aussi été formulée la nécessité de mieux prendre en considération le sujet de la discrimination multiple d'un point de vue juridique, dans la mesure où la législation communautaire en vigueur ne prévoit pas de disposition explicite dans ce domaine et que la plupart des États membres ne la traitent pas dans leurs propres législations. « Lorsqu'elle engage un contentieux, la personne victime de la discrimination multiple doit trop souvent « choisir » un aspect de sa personnalité comme motif de discrimination afin d'avoir gain de cause, même si cela ne reflète qu'une partie de la discrimination réellement subie. Il est dès lors essentiel d'échanger les bonnes pratiques sur cette question au niveau européen ».

Enfin en avril 2009, le Parlement Européen a proposé une série d'amendements en ce qui concerne la proposition de directive de la Commission européenne sur l'instauration d'un principe de non-discrimination dans le domaine des biens et des services⁸⁷² ayant trait aux discriminations multiples.⁸⁷³ Cette proposition n'a pas progressé, à ce jour. Mais, l'intégration dans son texte des amendements du Parlement européen permettra à la notion de discrimination multiple de pénétrer dans les ordres juridiques de la tradition juridique d'Europe continentale qui l'ignoraient, jusqu'il y a peu.

Il s'ensuit que le fait que le droit positif de l'Union européenne en matière d'égalité n'ait pas encore reconnu les discriminations multiples n'implique pas qu'il ne le fera pas à l'avenir.

En outre, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne portant sur des formes de discrimination multiple est peu abondante. Elle ne traite généralement

⁸⁷¹ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=88&langId=fr&eventsId=108&furtherEvents=yes>

⁸⁷² COM (2008) 426.

⁸⁷³ P_6TA (2009)0211. Selon la nouvelle formulation de l'article premier de la directive proposée par le Parlement européen : «1. La présente directive instaure un cadre pour lutter contre la discrimination, y compris la discrimination multiple, fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres,, le principe de l'égalité de traitement dans d'autres domaines que l'emploi et le travail. 2. Il y a discrimination multiple lorsque la discrimination est basée : a) sur une combinaison quelconque des motifs suivants : la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ; ou b) sur un ou plusieurs des motifs visés au paragraphe 1, ainsi que sur un ou plusieurs des motifs suivants : i) le sexe (dans la mesure où l'objet de la plainte entre le champ d'application matériel de la directive 2004/113/CE et dans celui de la présente directive). ii) l'origine raciale ou ethnique (dans la mesure où l'objet de la plainte entre dans le champ d'application matériel de la directive 2000/43/CE et dans celui de la présente directive) ; ou iii) la nationalité (dans la mesure où la plainte entre dans le champ d'application de l'article 12 du traité CE). 3. Aux fins de la présente directive, les notions de discrimination multiple et de motifs multiples sont interprétées de manière cohérente. »

pas cette question, pas même depuis l'adoption, en 2000, des deux directives luttant contre la discrimination. Plusieurs affaires ont néanmoins porté sur l'interaction de la discrimination fondée sur l'âge et de celle fondée sur le sexe. Ainsi, Mme Defrenne⁸⁷⁴ et Mme Marshall⁸⁷⁵ ont été mises à la retraite obligatoire à un âge plus précoce que s'il s'était agi d'hommes, Mme Steinicke⁸⁷⁶ et Mme Kutz-Bauerse⁸⁷⁷ se sont vu refuser une forme particulière et favorable de travail à temps partiel à un âge auquel les hommes pouvaient encore accéder à ce « temps partiel pour personnes âgées » (Altersteilzeit). La Cour européenne a statué dans ces affaires alors que la législation de l'Union européenne n'interdisait pas encore la discrimination fondée sur l'âge. On ne pouvait dès lors s'attendre à ce qu'elle prenne en compte les deux formes de discrimination.⁸⁷⁸

Dans l'affaire Lindorfer⁸⁷⁹, la Cour a eu la possibilité de prendre en compte la discrimination fondée à la fois sur l'âge et sur le sexe. La Cour a statué que le transfert des droits à pension des fonctionnaires de l'Union européenne établissait une distinction fondée sur l'âge ainsi que sur le sexe en référence à des tableaux actuariels.

La Cour a rouvert la procédure en vue d'une nouvelle appréciation de la question de la discrimination fondée sur l'âge après son arrêt dans l'affaire Mangold s'appuyant sur les conclusions de l'avocat général Sharpston.

Dans l'affaire Coleman, la Cour n'a pas pris en compte que la discrimination fondée sur le sexe s'ajoute à la discrimination fondée sur le handicap.⁸⁸⁰ La requérante avait fait l'objet d'un harcèlement sur son lieu de travail parce qu'elle prenait des congés pour s'occuper de son fils handicapé.⁸⁸¹ Le sexe de la requérante a, semble-t-il,

⁸⁷⁴ CJCE dans l'affaire 149/77, Recueil 1978, p. 1365 (en l'absence de législation secondaire interdisant l'inégalité de traitement fondée sur le genre, cette obligation n'a pas été considérée à l'époque comme une violation du droit communautaire)

⁸⁷⁵ CJCE dans l'affaire 152/84, Recueil 1986, p. 723

⁸⁷⁶ CJCE dans l'affaire 77/02, Recueil 2003, p. I-9027.

⁸⁷⁷ CJCE dans l'affaire 187/00, Recueil 2003, p. I-2741.

⁸⁷⁸ Nielsen prévoit qu'il en sera autrement dès que la Cour se prononcera par référence au nouveau cadre anti-discrimination: R. Nielsen, «Is European Union equality law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet? Precautions against neglecting intersectional cases» in : D. Schiek & V. Chege (Ed.) European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality law p. 31-51 Londres et New York 2000, p. 42.

⁸⁷⁹ Affaire C-227/04 P. Marie-Louise Lindorfer contre Conseil de l'Union européenne, Discrimination fondée sur l'âge et le sexe dans la fixation des droits à pension de retraite (Schiek, D., 2012. Op. Cit.) GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013 et Recueil 2007, p. I-6767

⁸⁸⁰ Conclusions du 30 novembre 2006.

⁸⁸¹ CJCE dans l'affaire C-303/06 Recueil 2008, p. I-5603

également joué un rôle en l'espèce, même s'il n'a pas été invoqué par la juridiction nationale.⁸⁸²

En outre, dans l'affaire *Meister*⁸⁸³, la requérante s'estimait victime d'une discrimination fondée sur le sexe, l'âge et l'origine ethnique à l'occasion d'une procédure de recrutement mais la Cour était interrogée uniquement sur le mécanisme du renversement de la charge de la preuve et n'a pas statué sur l'interaction de motifs interdits.

Ensuite, il convient de souligner l'affaire C-152/11, *Johann Odar contre Baxter Deutschland GmbH*⁸⁸⁴. Dans ce cas, la Cour de Justice a examiné un règlement, inclus dans un plan social conclu entre la société Baxter et le conseil de travail en vertu de la loi allemande de l'Organisation de l'entreprise, à la lumière de deux motifs répréhensibles, l'âge et le handicap. Le règlement en cause prévoyait une réduction des indemnités de départ pour les travailleurs de plus de 54 ans prenant en compte la possibilité d'une retraite anticipée en raison d'un handicap.

M. Odar, un employé de Baxter handicapé, né en 1950, a dû recevoir, sur la base du règlement susmentionné, une indemnité de départ réduite en fonction de son ancienneté, qui a été calculée en fonction de la date de sa première retraite qui a eu lieu plus tôt en raison de son handicap. La CJCE exclut d'abord l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge, en invoquant l'exception prévue à l'article 6 de la directive 2000/78. Elle détecte cependant une discrimination indirecte fondée sur le handicap.

Au point 50 de ses conclusions, l'avocat général a relevé que, dans le cas d'un travailleur gravement handicapé, le premier élément de la méthode de calcul selon la formule alternative sera toujours inférieur à celui applicable à un travailleur valide ayant le même âge. En l'espèce, le fait que ce calcul soit fondé, d'une manière apparemment neutre, sur l'âge de départ à la retraite a pour effet que les travailleurs gravement handicapés, qui bénéficient de la possibilité de partir à la retraite à un âge moins élevé, à savoir 60 ans et non pas 63 ans comme c'est le cas pour les travailleurs valides, perçoivent une indemnité de licenciement moins importante, et cela en raison de leur handicap grave. Il s'ensuit que l'article 6, paragraphe 1, point 1.5, du PPS, lu en

⁸⁸² Par l'Employment Tribunal, London South (Royaume-Uni)

⁸⁸³ CJUE, 19 avril 2012, *Meister*, aff. C-415/10, *Nepr*.

⁸⁸⁴ Affaire C-152/11, *Johann Odar contre Baxter Deutschland GmbH* ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par l'*Arbeitsgericht München* (Allemagne), par décision du 17 février 2011, parvenue à la Cour le 28 mars 2011, dans la procédure

combinaison avec l'article 7, point 7.2, du PSC, dont l'application a pour effet que le montant de l'indemnité de licenciement versée à un travailleur gravement handicapé est inférieur à celui perçu par un travailleur valide, entraîne une différence de traitement indirectement fondée sur le critère du handicap au sens des dispositions combinées des articles 1^{er} et 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78.

Enfin, dans cette affaire, la Cour n'a pas considéré l'existence d'une discrimination intersectionnelle parce que la juridiction de renvoi n'a pas soulevé ce point dans la question posée. Ainsi, les motifs de discrimination (âge et handicap) sont examinés successivement.

Mais, nous pouvons observer dans ce cas, que la possibilité pour le demandeur de se fonder sur plus des motifs de discrimination a permis à la Cour d'examiner si la combinaison de ces motifs de discrimination a produit une discrimination indirecte. D'ailleurs, les juridictions danoises ont déjà traité la discrimination multiple à l'aide de l'outil de la discrimination indirecte. Les affaires les plus connues dans ce domaine et dont les juridictions de ces pays ont traité portaient sur les codes vestimentaires interdisant le port du voile islamique sur les lieux de travail. Ainsi, l'affaire *Fotex*⁸⁸⁵, de la Cour Suprême du Danemark, relève de cette catégorie. Dans cette affaire, une femme travaillant dans un grand magasin a été licenciée à partir du moment où elle s'est mise à porter le voile (hijab). La requérante a contesté son licenciement en invoquant uniquement une discrimination religieuse. La Cour danoise, statuant sur cette affaire, a qualifié cette mesure de discrimination indirecte fondée sur les convictions religieuses, le sexe et l'origine ethnique.

Pourtant, il est regrettable que la Cour de justice de l'Union européenne a statué le 24 novembre 2016⁸⁸⁶ que les articles 2 et 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 doivent être interprétés en ce sens qu'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal n'est pas susceptible d'instituer une discrimination fondée sur l'effet combiné de l'orientation sexuelle et de l'âge, lorsque ladite réglementation n'est constitutive d'une discrimination ni en raison de l'orientation sexuelle ni en raison de l'âge, isolément considérés.

⁸⁸⁵ V. U 2005, 1265, citée par **S. Burri/D. Schiek**, *Multiple discrimination in EU law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, Publication commissioned by the European Commission, 2009 et **L. Roseberry**, *Religion, ethnicity and gender in the Danish headscarf debate*, in: D. Schiek/C. Chege, (éd.), *European Union non-discrimination law, Comparative perspectives on multidimensional conception of equality law*, op. cit., p. 329 et s., qui présente une analyse de l'affaire en combinaison avec d'autres arrêts judiciaires danois ayant trait à la question du port du voile islamique au travail.

⁸⁸⁶ CIUE affaire David Parris C- 443/2015

Ainsi, la doctrine a soutenu une interprétation téléologique de la directive 2000/43⁸⁸⁷ sur l'égalité indépendamment de la race en combinaison avec la directive 2000/78⁸⁸⁸ sur l'égalité à l'emploi, soutenant que le fait que ces deux directives citent expressément le sexe en leur préambule indique qu'elles ont l'intention d'opérer en association avec les autres dispositions de l'Union européenne qui interdisent les discriminations fondées sur d'autres motifs.⁸⁸⁹ Toutefois, la CJUE n'a pas encore adopté cette interprétation téléologique. Ainsi, bien qu'elle ait souvent été confrontée à des affaires de discrimination due à plus d'un motif, elle les a traitées en s'appuyant sur un seul motif de discrimination⁸⁹⁰.

La réticence de la plus haute juridiction de l'Union européenne à juger la discrimination intersectionnelle indique la nécessité d'une réflexion plus approfondie sur la perspective d'une législation de l'Union européenne⁸⁹¹.

d. La « discrimination multiple » en Australie

La législation australienne ne prévoit pas la discrimination multiple mais elle prévoit une vaste interdiction de la discrimination. Les tribunaux n'ont pas encore été saisis d'affaires de discrimination intersectionnelle bien que ce phénomène soit de plus en plus reconnu par la Commission des droits de l'homme et de l'égalité des chances (HREOC) ainsi que par les chercheurs et les ONG.

⁸⁸⁷ V. 14^e considérant de la directive 2000/43. Ainsi, en ce qui concerne l'égalité entre les hommes et les femmes, le préambule de la directive sur l'égalité raciale stipule que « dans la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, la Communauté cherche, conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité CE, à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples. »

⁸⁸⁸ Les considérants 2, 3, 8 et 10 de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, lesquels font directement référence aux autres motifs, indiquent clairement que la directive entend travailler de concert avec les dispositions déjà écrites se rapportant à la race et à l'égalité entre les hommes et les femmes. La directive envisage également des situations où il pourrait y avoir une intersection entre la religion et d'autres droits (article 4, paragraphe 2) ou entre l'âge et le sexe (article 6, paragraphe 2).

⁸⁸⁹ V. D. Schiek, Broadening the scope and norms of EU gender equality law: towards a multidimensional conception of equality law, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, o. 427-566 (565) ; G. Moon, Multiple Discrimination-problems compounded or solutions found?

⁸⁹⁰ V. pour une présentation détaillée de la jurisprudence de la CJUE : S. Burri/D. Schiek, *Multiple discrimination in EU law*.

⁸⁹¹ SCHIEK DAGMAR in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009.

La Commission des droits de l'homme et de l'égalité des chances est une autorité légalement compétente, permanente et indépendante, responsable de la mise en œuvre des lois de l'égalité des chances et de la non-discrimination.

La Commission instruit les plaintes des motifs prévus par la loi et a pour mission d'aboutir à une conciliation. Si aucune solution n'est identifiée, le tribunal fédéral pourra être saisi pour statuer. Bien que la Commission soit habilitée à traiter des plaintes individuelles, elle n'a pas élaboré de modèle cohérent pour l'application d'une approche intersectionnelle.

En outre, la jurisprudence des tribunaux australiens n'a fourni aucun exemple de discrimination multiple ou d'application d'une approche intersectionnelle de la discrimination⁸⁹². Un certain nombre d'acteurs critiquent l'absence d'une disposition contre la discrimination multiple.

Ainsi, dans sa critique du traitement de la discrimination des femmes aborigènes, Jennifer Nielsen⁸⁹³ note que, dans l'affaire Martin (1998) et dans l'affaire V contre Croix-Rouge (1999), la Cour cite : « [...] ces lois exigent des femmes aborigènes de sélectionner certains aspects [d'elles-mêmes] et de les présenter comme un ensemble cohérent alors qu'elles éclipsent ou déniaient certaines parties d'elles mêmes. [...] Cette approche oblige encore les femmes aborigènes à présenter et représenter leur identité en référence à la norme en matière juridique, qui gagne encore du terrain grâce à « l'apparente légitimité [de ses] résultats. [...] Ainsi, il est peu probable qu'une femme aborigène puisse porter plainte pour une discrimination par rapport à une femme blanche - discrimination qui serait fondée à la fois sur son sexe et sur son appartenance raciale. Le droit de la majorité ne tient donc pas pleinement compte du vécu de la femme aborigène⁸⁹⁴ ».

e. Remarques de conclusion

Ainsi, l'exploration des principales sources du droit international et européen conduit au constat qu'à ce jour, le concept de discrimination multiple n'y est pas

⁸⁹² Sur la base d'une recherche à partir de la page <http://www.hreoc.gov.au/legal/decisions/hreoc/index.html> et des bases de données AustLII faisant spécifiquement référence à la discrimination intersectionnelle ou à la discrimination multiple

⁸⁹³ Jennifer Nielsen, dans son article «How Mainstream Law Makes Aboriginal Women “Disappear”».

⁸⁹⁴ Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, « Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », Document terminé en septembre 2007.

véritablement élaboré ni défini. L'observation vaut aussi pour ce qui est des législations nationales, du moins à l'analyse d'un petit échantillon au plan européen.

Philippe Martin⁸⁹⁵ note que les juridictions nord américaines et britanniques ont déjà été confrontées à la problématique de la discrimination multiple alors que celle-ci est encore relativement inédite en Europe continentale. Ainsi, les solutions juridiques élaborées dans les pays anglo-saxons pourraient servir de modèle. Il faut cependant tenir compte des différences de culture juridique. Le réalisme et le pragmatisme ont sans doute permis aux juges anglo-saxons d'appréhender plus aisément le concept même de discrimination qui n'a été « acclimaté » à l'environnement juridique européen que depuis la fin des années 1990, voire, le début des années 2000.

Il conviendra ici de se questionner sur la capacité du droit communautaire et internationale à faire émerger une approche commune de la discrimination multiple et à constituer une source de rapprochement des solutions nationales encore éparses et tâtonnantes.

Enfin, il est sans doute important pour la communauté internationale et européenne de reconnaître et d'affirmer la nécessité d'une protection contre la discrimination multiple. Cependant, en l'absence de textes contraignants et si la structure juridique demeure unidimensionnelle, cette protection ne peut qu'être inefficace.

C. L'absence de la « discrimination multiple » dans les législations nationales des États membres de l'Union européenne

L'on a observé que tous les États membres de l'Union européenne qui ont transposé la législation luttant contre la discrimination et celle sur l'égalité de traitement pourraient traiter la discrimination multiple, à tout le moins dans le domaine de l'emploi. Cependant, étant donné que la législation européenne ne prévoit pas de disposition explicite interdisant la discrimination multiple, la plupart des États membres n'en traitent pas.

Néanmoins, si la notion de discrimination multiple n'a pas fait l'objet de transplantation par le biais du droit communautaire, cela n'a pas empêché certains

⁸⁹⁵ MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 585

ordres juridiques du continent européen de reconnaître cette notion. Les droits grec, allemand, autrichien, italien, polonais et roumain, par exemple, reconnaissent formellement que la discrimination peut être fondée sur plus d'un motif interdits⁸⁹⁶.

- a. Les États qui reconnaissent formellement que la discrimination peut être fondée sur plus d'un motif interdits

L'interdiction de la discrimination multiple n'est pas prévue dans la loi grecque avant 2016⁸⁹⁷. Il faut attendre la nouvelle loi 4443/2016 pour qu'elle soit expressément interdite. Aussi, la loi 3996/2011 sur la réforme de l'inspection du travail fait référence à la notion de la discrimination multiple à l'article 2, paragraphe 1, où elle prévoit que l'organisme de l'inspection du travail contrôle l'application du principe de l'égalité de traitement sans distinction d'origine raciale ou ethnique, de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, en tenant compte des cas de discriminations multiples, conformément à l'article 19 de la loi 3304/2005.⁸⁹⁸

Dans le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple, à l'époque où était en vigueur l'ancienne loi 3304/2005 qui ne contenait pas de référence à la discrimination multiple, l'experte grecque⁸⁹⁹ explique *qu'en Grèce* les problèmes liés à la preuve et à la procédure dans les cas de la discrimination multiples sont, en principe, de même nature que ceux dans les cas de discrimination fondée sur un motif unique. Mais, ils peuvent souvent être plus graves. Il existe des problèmes concernant la charge de la preuve et le rôle des organisations qui traitent des revendications des victimes de discrimination. Ainsi, la règle de la charge de la preuve a été mal mise en œuvre par un

⁸⁹⁶ V. S. Burri/D. Schiek, *Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, Publication commissioned by the European Commission, 2009

⁸⁹⁷ Sophia Koukoulis-Spiliotopoulos in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR, Manuscrit achevé en juillet 2009.

⁸⁹⁸ GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

⁸⁹⁹ Sophia Koukoulis-Spiliotopoulos in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009.

décret⁹⁰⁰ qui a simplement copié la règle concernée de la directive sur la charge de la preuve⁹⁰¹, bien qu'elle devait être incluse dans les codes de procédure civile et administrative⁹⁰². Par conséquent, cette règle est inconnue.

Ainsi, l'experte grecque souligne qu'en dépit du fait que la discrimination fondée sur le sexe et la discrimination multiple sont bien connues dans la pratique, seuls quelques cas de discrimination fondée sur le sexe et aucun cas de discrimination multiple ont été portés devant les tribunaux.

Cependant, il est intéressant de relever que même s'il n'existait pas de jurisprudence reconnaissant la discrimination multiple jusque 2016, l'ombudsman grec⁹⁰³ avait déjà traité quelques affaires de discrimination fondée sur plus d'un motif. D'ailleurs, cet organe a qualifié un de ces cas de discrimination multiple. Il s'agit d'un cas d'exclusion de migrants de pays tiers d'un programme de réconciliation du travail et de la vie de famille, qui a été financé par l'Union Européenne et qui allouait aux femmes un emploi dans les crèches^{904, 905}. Suite à une plainte déposée par une mère migrante ressortissante d'un pays tiers, l'ombudsman a estimé que cette condition était incompatible avec le caractère de cette action dans le cadre des politiques européennes pour la promotion de l'inclusion sociale des immigrants et, en particulier, des femmes immigrées, et la lutte contre la discrimination multiple. Ainsi, a-t-il demandé l'annulation de cette condition. Cette question a également été soulevée par les syndicats et les députés qui ont déposé une question au Parlement.

Ainsi, après l'intervention de l'ombudsman et d'autres communautés dans l'administration, un nouvel appel à participation à ce programme a été lancé, incluant également les mères ressortissantes de pays tiers et résidant en permanence en Grèce⁹⁰⁶,

⁹⁰⁰ Le décret présidentiel 105/2003 « sur l'adaptation du droit interne aux dispositions de la directive 97/80/CE. »

⁹⁰¹ Directive 97/80/CE

⁹⁰² C'est ce que le Conseil d'État (Cour administrative suprême) avait recommandé dans son avis 348/2003 sur la légalité du projet de décret.

⁹⁰³ L'Ombudsman est une autorité administrative indépendante dont l'objectif est la médiation entre les citoyens et l'administration.

⁹⁰⁴ Presse du médiateur grec, le 24 Septembre 2008, «Toutes les mères étrangères résidant légalement dans le pays doivent bénéficier de prestations sociales de l'Organisation de travailleurs' : http://www.synigoros.gr/allodapoi/news_archive.htm,.

⁹⁰⁵ S. Spiliotopoulou, in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de SCHIEK DAGMAR BURRI SUSANNE

⁹⁰⁶ Décision ministérielle conjointe n° 60460/2171/28.8.2008 (Journal officiel de la République hellénique, n° 1739, 2° vol.)

⁹⁰⁷. L'ombudsman a pu considérer que, puisque l'action en question a été mise en œuvre dans le cadre de l'action plus générale « Harmonisation de la famille et la vie professionnelle » et, en particulier, dans le cadre de l'axe « mesures de soutien à la promotion de l'égalité des sexes en matière d'emploi », l'exclusion des femmes ressortissantes de pays tiers constituait une discrimination fondée sur l'état civil et/ou le sexe, en combinaison avec le motif de l'origine nationale. Le cas ci-dessus est une preuve que le rôle de l'ombudsman dans la lutte contre la discrimination multiple peut être très important, d'autant plus que les personnes appartenant aux groupes vulnérables et groupes défavorisés sont plutôt disposées à chercher l'appui du Bureau de l'ombudsman qui n'exige pas, en général, les formalités procédurales qu'implique le recours aux tribunaux et autres autorités publiques, et dont l'intervention est gratuite.

Un autre cas de discrimination multiple qui a été abordé au sein de la société grecque, mais qui n'a pas été jugé par les tribunaux ou grec ou l'ombudsman grec comme un cas de discrimination multiple, concerne une femme bulgare⁹⁰⁸, agent de nettoyage, secrétaire générale de l'Union grecque des employés de nettoyage et des travailleurs domestiques, qui fut aspergée de vitriol parce qu'elle avait osé dénoncer à l'Inspection du travail la société de nettoyage où elle travaillait pour violations graves du droit du travail.

À cette occasion, la doctrine⁹⁰⁹ a souligné que la violation systématique du droit du travail par les entreprises de sous-traitance aux dépens de la plupart des femmes étrangères employées par elles dans des emplois temporaires constitue un cas typique de discrimination multiple indirecte fondée sur le sexe et l'origine ethnique et, dans ce cas précis, sur l'action syndicale également.

Enfin, en Grèce, le cas de figure du traitement discriminatoire des femmes de minorité musulmane est presque inconnu. Cette minorité présente l'avantage, en vertu des traités internationaux, concernant les affaires relevant du droit de la famille et des successions, de disposer d'un organe de sa propre juridiction, le Mufti, qui applique la loi islamique sacrée, c'est-à-dire, un droit d'origine religieuse qui s'écarte sérieusement du principe de l'égalité. Les tribunaux grecs qui sont invités à déclarer exécutoires les

⁹⁰⁷ http://www.oee.gr/docs/prosklisi_56396_4-9-2008.zip,

⁹⁰⁸ Affaire Konstantina Kouneva

⁹⁰⁹ S. Spiliotopoulou in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de SCHIEK DAGMAR BURRI SUSANNE

décisions de Mufti sont légalement tenus de soumettre ces dernières au contrôle effectif de constitutionnalité. Cependant, en réalité, ils évitent de le faire, pour des raisons d'ordre politique. La seule exception est la décision 9/2008 de tribunal de Rodopi qui a confirmé l'écart par rapport à la jurisprudence de la Cour suprême⁹¹⁰ selon laquelle, en cas de conflit entre le droit des successions islamique et les droits fondamentaux constitutionnels, le gouvernement grec est tenu d'assurer aux membres féminins de la minorité musulmane le respect de leurs droits civils.

La doctrine a souligné⁹¹¹ que cette décision était une étape importante pour la jurisprudence grecque, en premier lieu parce qu'elle reflète la volonté des tribunaux grecs d'exercer un contrôle efficace sur les violations de la constitutionnalité des droits fondamentaux par l'application de la loi islamique dans les cas relevant du droit de la famille et des successions. Deuxièmement, parce qu'elle contourne la conception classique des aspects de l'identité qu'a traditionnellement suivi la législation grecque contre la discrimination, en établissant l'entité collective distincte des femmes musulmanes qui doit son existence à l'imbrication de deux caractéristiques identitaires distinctes de ses membres, celle de l'origine ethnique et celle du sexe.

Comme précité, la nouvelle loi grecque 4443/2016 interdit expressément la discrimination multiple mais ses articles ne définissent pas ce terme. La discrimination multiple est définie dans le texte introductif de la loi. Ce texte indique que la discrimination multiple est toute distinction, exclusion ou restriction au détriment d'une personne, sur la base de plus d'un motif de discrimination interdit en vertu de la présente loi. Or, en ce sens, la loi concerne la coexistence cumulative de plus des motifs interdits de la discrimination agissant indépendamment et ne concerne pas l'interaction entre deux ou plusieurs motifs de discrimination interdits.

De plus, selon Dimitris Goulas et Stergios Kofinis,⁹¹² formuler simplement la définition de la discrimination multiple comme étant discrimination de catégorie distincte, comme cela se fait dans la loi 4443/2016, a peu de valeur. En effet, elle n'est

⁹¹⁰Cour Suprême (Areios Pagos) 1097/2007

⁹¹¹S. KOFINIS, « The Status of Muslim Minority Women in Greece: Second Class European Citizens ? », in SCHIEK DAGMAR, LAWSON ANNA Non-discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination" March 2011, (eds European Union), p. 125.

⁹¹² GOULAS DIMITRIS ET KOFINIS STERGIOS « La nouvelle loi 4443/2016 sur l'interdiction de discrimination, une première approche interprétative et critique », Revue : Inspection du droit du travail, Volume 75 Numéro 11 année 2016

pas combinée avec des dispositions assurant une protection accrue ni avec des dispositions prévoyant des différences concernant la preuve et, surtout, en ce qui concerne la nécessité d'identifier la personne qui, porte les caractéristiques inverses, susceptible d'être le « comparateur ».

Le droit allemand n'utilise pas le terme de « discrimination multiple », ce qui signifie qu'il ne le définit ni ne le interdit explicitement. Cependant, il contient une règle spécifique pour les situations où un traitement inégal se produit sur la base de plusieurs motifs prohibés. Selon l'article 4 de la loi générale relative à l'égalité [Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) 2006]⁹¹³, l'inégalité de traitement sur la base de plusieurs motifs prohibés doit être justifiée par rapport à chacun de ces motifs. En se référant de « l'inégalité de traitement sur la base de plusieurs motifs prohibés », la loi n'établit pas de distinction entre la discrimination multiple et la discrimination intersectionnelle, les deux sont couvertes par la disposition.⁹¹⁴

En outre, cette disposition signifie qu'en cas de motifs combinés, la justification doit être établie selon les normes les plus strictes.^{915,916} Ainsi, l'auteur présumé d'une discrimination multiple ne peut se justifier - et, donc, renverser la présomption - que si sa justification s'applique à chacun des motifs du traitement inégal. Le juge est tenu d'appliquer de manière cumulative les dérogations en vigueur pour chacun de ces motifs pris séparément si, bien entendu, elles sont également applicables aux autres motifs.⁹¹⁷

Il existe un cas où la discrimination multiple a été alléguée et qui a été publié dans la presse en raison des dommages-intérêts élevés réclamés par la demanderesse (434 000 euros).⁹¹⁸ Dans ce cas particulier, une femme allemande d'origine turque a porté

⁹¹³ V. § 4 Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz 2006 (AGG).

⁹¹⁴ Beate Rudolf dans le document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR

⁹¹⁵ Moon, G., 2009.

⁹¹⁶ GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

⁹¹⁷ DELIYANNI-DIMITRAKOU CHRISTINE « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », RIDC R.I.D.C. 3/2013, p. 657 et s.

⁹¹⁸ Tribunal du travail de Wiesbaden, arrêt 5 Ca 46/08 du 18 décembre 2008 Femme allemande d'origine turque : motifs de discrimination: sexe et origine ethnique Elle a été mutée à un poste moins intéressant à son retour de congé de maternité : son remplaçant à son ancien poste de travail est un homme de nationalité allemande (comparateur). Seule la discrimination fondée sur le sexe a été reconnue par le tribunal Allemand - BAG, 22.01.2009 (8 AZR 906/07) L'indemnisation doit être proportionnée (pas de

plainte pour discrimination fondée sur le sexe et l'origine ethnique. Elle travaillait comme agent pour une compagnie d'assurances et vendait des assurances dans un domaine particulier. Quand elle est revenue après un congé de maternité de quatre mois, elle a été affectée à une nouvelle zone qui a généré des primes considérablement plus faibles.

Son remplaçant était de sexe masculin et d'origine ethnique allemande. Elle alléguait également qu'il avait reçu un meilleur traitement, comme un bureau et une secrétaire, et qu'on lui avait refusé ses prestations spéciales antérieures, tel que l'ordinateur portable. La Cour du Travail de Wiesbaden a révélé que l'allocation d'une zone moins attrayante constituait, à elle seule, une discrimination parce qu'elle a eu lieu immédiatement après son retour de congé de maternité. Cependant, la Cour n'a pas examiné si cette discrimination était fondée sur le sexe et/ou l'origine ethnique. Il est remarquable que le communiqué de presse de la Cour n'a pas utilisé l'expression de discrimination multiple. Il semble donc que l'affaire a été traitée comme une question de discrimination composée, soit un cas de deux motifs distincts de discrimination ayant été invoqué dans la même affaire.

Outre le cas ci-dessus, il existe de nombreuses décisions en droit du travail (services publics et relations de travail privées) concernant le licenciement ou le refus d'embaucher des femmes en raison du port du voile pour des raisons d'ordre religieux. Dans toutes ces décisions, la Cour examine le traitement différent fondé sur la discrimination religieuse et ne prend pas en compte le fait qu'il pourrait également s'agir d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe ou/et l'origine ethnique. La raison pourrait être qu'en établissant s'il y a une discrimination indirecte fondée sur le sexe, il convient d'examiner si la mesure en question poursuit un but légitime d'une manière proportionnée. Ainsi, les considérations ayant servi à établir s'il y a eu discrimination directe fondée sur la religion de la requérante devront être invoquées une fois de plus. Apparemment, dans ces cas, les avocats n'ont pas vu de valeur ajoutée à utiliser le concept de discrimination multiple.

Il convient de mentionner que, dans la littérature juridique, les commentateurs ont exprimé l'avis que l'indemnité devrait être plus élevée dans les cas de discrimination multiple que dans les cas de discrimination pour un seul motif. Cela avait déjà été le

double comptage) GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

point de vue exprimé par le législateur. Cependant, ces commentateurs estiment que cette approche ne revient pas à multiplier le préjudice moral par le nombre de motifs impliqués (il n'y a pas de doublement du préjudice moral en cas de discrimination multiple, fondée sur deux motifs, etc.).⁹¹⁹

En outre, en ce qui concerne l'organe fédéral allemand luttant la discrimination (Antidiskriminierungsstelle des Bundes), il n'a pas le pouvoir d'investiguer les allégations de discrimination. Cet organe est seulement habilité à soutenir les personnes alléguant avoir été victimes de discrimination. Ce soutien peut prendre la forme d'informations générales sur les voies de recours juridiques, établissant un contact entre la victime présumée et les institutions et fournissant de l'aide et des conseils. En raison de son approche horizontale, le corps fédéral de la lutte contre la discrimination est particulièrement bien placé pour devenir le destinataire de plaintes de discrimination multiple et acquérir une compétence dans ce domaine.

Selon l'avis de l'experte allemande exprimée dans le document sur la discrimination multiple de l'Union européenne⁹²⁰, au niveau de l'Union européenne il est trop tôt pour discuter sur les moyens du renforcement de la protection juridique existante contre la discrimination multiple. À ce stade, le concept est encore trop difficile à saisir. En particulier, la question de la justification possible est incertaine. En ce moment, il semblerait plus prometteur de favoriser les échanges concernant les approches de la discrimination multiple entre les différents acteurs luttant la discrimination, de façon à engager un processus d'apprentissage mutuel. En outre, des mesures devraient être prises pour rendre les acteurs institutionnels (acteurs publics et privés dans les domaines couverts par la législation européenne antidiscriminatoire) plus sensibles à la question de la discrimination multiple. »

La discrimination multiple est explicitement interdite *en Autriche*, mais le terme n'est pas défini par la loi. Les dispositions juridiques se réfèrent simplement au phénomène de la discrimination multiple. Par exemple, le paragraphe 12 de la section 13 de la loi sur l'égalité de traitement⁹²¹ (du secteur privé), modifié par OJ I 98/2008,

⁹¹⁹ Beate Rudolf dans le document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR

⁹²⁰ V. note 158.

⁹²¹ Equal Treatment Act

ainsi que le paragraphe 19a de la loi fédérale sur l'égalité de traitement⁹²² (du secteur public fédéral) modifié par OJ I 97/2008, prévoient que la discrimination multiple doit être prise en compte lors du calcul du montant de l'indemnisation.^{923, 924, 925}

L'explication se réfère à l'exemple de femmes noires qui pourraient ne pas être employées au motif de leur sexe ainsi que de leur origine raciale. Cette explication montre également que la discrimination fondée sur des motifs différents mais donnant lieu à seul fait n'entraîne pas la réclamation d'indemnisations cumulatives.⁹²⁶

Une affaire fut traitée par la Commission pour l'égalité de traitement (secteur privé) concernant le harcèlement sexuel en combinaison avec le harcèlement ethnique, alors qu'une autre allégation de discrimination fondée sur l'origine ethnique a été rejetée.^{927, 928} Les différents motifs ont été examinés séparément, car chaque motif a été fondé sur une disposition juridique distincte. Ainsi, le harcèlement sexuel a été fondé sur le paragraphe 6 (1) 1 de la loi sur l'égalité de traitement, alors que le harcèlement en raison de l'origine ethnique a été fondé sur l'article 21 (1) 1 de la loi sur l'égalité de traitement. L'effet combiné de la discrimination multiple a été explicitement reconnu quand la Commission a déclaré que sexisme et le racisme sont souvent combinés, surtout en cas de discrimination contre les femmes de teint foncé. Cependant, vu que la Commission de l'égalité de traitement n'a pas la compétence d'imposer sanctions, le fait que la discrimination multiple a été constatée n'entraîne pas de sanctions, de compensations ou de dommages-intérêts⁹²⁹.

⁹²² Federal Equal Treatment Act

⁹²³ § 9 (4) Federal Disability Equality Act, § 7j Act on the Employment of People with Disabilities, §12 section 13 Equal Treatment Act (private sector) and § 19a Federal Equal Treatment Act (Federal Public Sector).

⁹²⁴ V. § 9 (4) Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz., § 19a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz., § 12 (13) Gleichbehandlungsgesetz (für Privatwirtschaft).

⁹²⁵ GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

⁹²⁶ SPORRER ANNA, Rapport de l'expert d'Autriche, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, Manuscrit achevé en juillet 2009, p. 27

⁹²⁷ GBK I/101/07-M (online: <http://www.frauen.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=34243>, accessed 20 April 2009).

⁹²⁸ GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

⁹²⁹ SPORRER ANNA, Rapport de l'experte d'Autriche, dans le document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme

En outre, les organismes d'égalité en Autriche en général jouent un rôle important renforçant les compétences et la sensibilisation dans tous les domaines et les zones de discrimination, en particulier lorsque de nouvelles dispositions doivent être appliquées. Dans le système juridique autrichien, tous les motifs de discrimination, à l'exception du handicap, sont traités par la Commission d'égalité de traitement, qui est divisée en trois sénats, chacun d'eux traitant de motifs et/ou domaines différents de discrimination.

Le « Sénat I », qui traite de la discrimination fondée sur le sexe dans tous les domaines, est également compétent pour toutes les affaires concernant la discrimination multiple impliquant le sexe. Dans la pratique, le président du « Sénat I » examine les demandes reçues, pour voir si elles concernent la discrimination multiple, et il répartit les dossiers reçus parmi les sénats. Par conséquent, la Commission pour l'égalité de traitement, comme le Médiateur pour l'égalité de traitement, joue un rôle important dans la construction des compétences et la sensibilisation concernant la discrimination multiple.

En outre, les organismes pour l'égalité jouent un rôle important pour les victimes de discrimination, comme en particulier le Médiateur pour l'égalité de traitement qui garantit un accès facile et gratuit aux informations et à la consultation, et qui facilite l'application des droits de l'égalité grâce sa compétence lui permettant d'introduire une demande auprès de la Commission pour l'égalité de traitement⁹³⁰.

La discrimination multiple est entrée dans *la législation italienne* dans la forme extrêmement simplifiée de la double discrimination.⁹³¹ Les seules références à la discrimination multiple se trouvent dans les décrets législatifs n° 215 et 216 de 2003, transposant les directives 43/2000 et 78/2000, ainsi que dans l'acte de délégation correspondante. En particulier, l'article 1 du décret n° 215/2003 prévoit que la mise en œuvre de l'égalité de traitement doit avoir lieu, sans distinction de race et d'origine ethnique, « également dans une perspective qui prend en compte les conséquences différentes que les mêmes formes de discrimination peuvent avoir sur les femmes et les hommes, et l'existence de formes de racisme présentant un caractère culturel et

Equality, Action against Discrimination: Legal Questions achevé en juillet 2009, p. 27, sous la direction de BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR

⁹³⁰ Voir note 168.

⁹³¹ Simonetta Renga in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?» EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR, achevé en juillet 2009

religieux. Cette disposition est reprise à l'article 7 du décret, où sont définies les missions de l'Office national de lutte contre la discrimination raciale (UNAR). À cet égard, le décret répond à la directive prévue par la loi de délégation n° 39/2002, dont l'article 29 exige que la mise en œuvre de la directive 43/2000 prenne en compte l'existence de la discrimination fondée sur le sexe et sur la race et l'origine ethnique.

Un concept similaire à la discrimination multiple est fourni par l'article 1 du décret n° 216/2003 qui stipule que la mise en œuvre de l'égalité de traitement, indépendamment de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, doit être réalisée dans une « perspective qui prend également en compte l'impact différent que les mêmes formes de discrimination peuvent avoir sur les femmes et les hommes. »

La discrimination multiple, par conséquent, n'est pas correctement définie et est perçue par le législateur comme une intersection entre le motif du sexe et d'autres motifs de discrimination.

Cependant, *le droit italien* prévoit que, lors du calcul de la compensation due aux personnes ayant été victimes de discrimination, le juge est tenu de tenir compte du fait que cette discrimination peut être due au concours de plusieurs motifs de discrimination interdits.^{932, 933}

Le seul organisme pour l'égalité qui pourrait jouer un rôle actif, en ce qui concerne la lutte contre la discrimination multiple (ou mieux la discrimination double), est l'UNAR. L'UNAR est mis en place en vertu du décret n° 215/03 pour promouvoir l'égalité et la lutte contre toutes les formes de la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique et dans tous les domaines (emploi et non-emploi).

L'article 7 stipule que l'UNAR doit remplir sa mission « également dans une perspective qui tient compte de l'impact différent que les mêmes formes de discrimination peuvent avoir sur les femmes et les hommes, et l'existence de formes de racisme ayant un caractère culturel et religieux. » Tous les autres organismes d'égalité agissant dans le domaine de la discrimination sexuelle, sont exclusivement impliqués dans ce domaine spécifique (en vertu du Code sur l'égalité des chances).

⁹³²V. § 9 (4) Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz., § 19a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz., § 12 (13) Gleichbehandlungsgesetz (für Privatwirtschaft).

⁹³³V. Italie : article premier du décret n° 215/2003.

Dans le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple, l'expert italien⁹³⁴ souligne que l'absence d'une disposition législative contre la discrimination fondée sur l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle, la religion et les convictions en dehors du domaine de travail crée également un problème d'identification de cas de discrimination multiple en dehors de ce domaine. En outre, elle note que le fait que les deux directives contre la discrimination prévoient une liste non exhaustive de motifs discriminatoires, plutôt qu'une liste ouverte de motifs interdits, ne favorise pas la protection contre la discrimination multiple.

Selon l'experte italienne, il conviendrait de prendre des dispositions spécifiques, peut-être par le biais d'une directive spécifique, en vue de la mise en place de la lutte contre la discrimination multiple. Ainsi, s'agirait-il de prévoir une définition de la discrimination multiple, les normes relatives à la charge de la preuve et, en ce qui concerne la comparaison, des dispositions relatives à l'attribution de dommages-intérêts, y compris pour préjudice moral, des dispositions visant à aborder explicitement la compétence des organismes nationaux pour l'égalité pour aider les victimes de discriminations multiples et, par conséquent, leur fournissant les ressources humaines et financières nécessaires, ainsi que des dispositions relatives au développement des tâches et des actions positives dans le domaine de la discrimination multiple mais aussi de l'égalité des sexes dans les secteurs publics et privés.

Selon l'experte, au lieu de procéder en modifiant les directives existantes, une directive consacrée à la discrimination multiple présenterait l'avantage d'éviter la disparition de tous les acquis concernant chaque motif unique de discrimination.

En Pologne, il n'existe aucune définition de la discrimination multiple et il n'y a pas d'interdiction explicite de cette discrimination, ni dans le Code du travail ni dans aucun autre acte législatif, prévoyant l'interdiction de la discrimination dans le domaine de l'accès au marché du travail ou des règlements de sécurité sociale. Aussi, cette notion n'est pas présente dans le projet de loi du 22 décembre 2008, mettant en œuvre plusieurs directives sur l'égalité de l'Union européenne, y compris la directive sur la race et la directive sur les services.

⁹³⁴ Simonetta Renga in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?» EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR complete en juillet 2009

Cependant, le législateur polonais a reconnu que la discrimination peut se produire fondée sur plus d'un motif. Dans la définition des concepts de discrimination directe et indirecte, les lois stipulent que chaque forme de discrimination peut survenir sur la base d'un ou plusieurs motifs (l'article 18 (3a) (3) sur la discrimination directe et l'article 18 (3a) (4) sur la discrimination indirecte).⁹³⁵ Plus précisément, l'article 18, paragraphe 4, du code du travail définit la « discrimination indirecte » comme suit : « une discrimination indirecte » se produit lorsque une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre entraîne des différences en termes d'emploi au détriment de tous ou d'une partie substantielle des travailleurs appartenant à un groupe qui se distingue pour une ou plusieurs des raisons visées au paragraphe 1, et si ces différences ne peuvent pas être justifiées objectivement par d'autres raisons.⁹³⁶

En outre, ces dispositions contre la discrimination semblent créer des conditions favorables à une protection spéciale contre la discrimination multiple, puisqu'elles se rapportent conjointement à tous les motifs possibles de discrimination.

La même chose peut être dite de la tentative, prévue dans le projet de loi du 21 Décembre 2008, de conférer à une seule institution, celle du commissaire à la protection des droits des citoyens, l'obligation d'assister toutes les victimes de discrimination alléguée, sans égard au motif de discrimination ni au lieu où il se produit. Néanmoins, les rédacteurs de la loi, semblent avoir ignoré cette possibilité puisque la notion de discrimination multiple ne figure dans aucune explication officielle des amendements législatifs.

Un exemple de la reconnaissance de la discrimination multiple est la décision de la Cour suprême (Chambre du Travail et de la Sécurité sociale) du 4 octobre 2007 (I pk 24/07), où la Cour a considéré comme mal fondée la demande de cassation introduite par un employeur contre une employée, qui avait allégué avoir été harcelée et discriminée en raison de son âge et de son apparence. L'auteure était une cadre supérieure dont il affirmait qu'elle avait traité de façon inégale, sans aucune justification rationnelle, toutes ses subordonnées féminines qui étaient jeunes et attrayantes. Parmi celles-ci figurait la requérante qui avait été offensée et humiliée par ses actions. Elle a également été contrainte de travailler des heures supplémentaires,

⁹³⁵ Article 18(3a) (3) Labour Code for direct discrimination and Article 18(3a) (4) Labour Code for indirect discrimination.

⁹³⁶ GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

soumise des conditions non équitables par rapport aux autres employés. La requérante informa les supérieurs de l'auteure à propos de cette situation, mais ils n'ont pas réagi et n'ont pas empêché son licenciement.

Le Tribunal de première instance a reconnu que la discrimination avait eu lieu et que le comportement de l'employeur avait violé l'article 18 (3a) (1) du Code du travail. La Cour a décidé que le demandeur devait recevoir une compensation, d'un montant de 10 000 PLN (environ 3 000 euros). Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel et par la Cour suprême. La Cour suprême a expliqué, en rejetant la demande en cassation déposée par l'employeur, qu'en premier lieu, la requérante avait été harcelée au sens de l'article 18 (3a) (5), point 2 du Code du travail par le comportement de son supérieur, qui avait bafoué sa dignité et humilié la requérante. L'employeur a été trouvé coupable de discrimination, car il tolérait une telle situation. Deuxièmement, il a été établi que le jeune âge de la requérante et son physique attrayant étaient à la base de ce harcèlement.

Dans le même temps, la Cour a précisé que, bien que l'« apparence » ne figure pas dans la liste des motifs de discrimination visés à l'article 18 (3a) (1) du Code du travail, elle peut être identifiée, puisque la liste des motifs de discrimination visés au code n'est pas exhaustive. Dans le raisonnement de la Cour suprême, les aspects du sexe ne sont pas explicitement mentionnés, mais le raisonnement des juridictions inférieures ont prouvé qu'ils avaient été identifiés.

Un autre arrêt de la Cour suprême, très intéressant, était lié à une question juridique posée par le Commissaire à la protection des droits des citoyens. Le commissaire a demandé un avis contraignant sur la question de savoir si le licenciement du travail fondé exclusivement sur le fait que l'employé a atteint l'âge légal de la retraite peut être considéré comme une discrimination fondée sur l'âge et le sexe (article 11³ du Code du travail). Dans son arrêt du 21 janvier 2009 (II PZP 13/08), la Cour suprême a confirmé que le fait qu'un employé atteigne l'âge légal de la retraite ne constitue pas une raison suffisante pour que l'employeur procède à la résiliation de son contrat de travail (article 45, paragraphe 1, du Code du travail). La reconnaissance par la Cour suprême que le licenciement automatique du travail après avoir atteint l'âge légal de la retraite peut être considéré comme une discrimination sur la base de l'âge, rend cette

décision également applicable aux employés masculins, cependant, ce n'est que pour les femmes qu'une telle discrimination revêtirait un caractère intersectionnel.⁹³⁷

Enfin, l'experte polonaise⁹³⁸ souligne dans le document de l'Union européenne qu'il serait utile d'inclure dans les directives de l'Union européenne sur l'égalité, la recommandation que la discrimination multiple et, plus précisément, la discrimination intersectionnelle, doivent être considérées comme une forme aggravée de discrimination et que les attributions et les recours pour les victimes devraient refléter cette hypothèse.

Le droit roumain reconnaît formellement que la discrimination peut être fondée sur plus d'un motif interdit.⁹³⁹ Ainsi, la loi sur l'égalité entre les hommes et les femmes, (loi 340/2006, article 4, point h) mentionne directement la discrimination multiple en la définissant comme un acte de discrimination fondé sur deux motifs ou plus. En outre, la loi roumaine sur l'égalité de traitement (2006) couvre les motifs de l'âge, du handicap, de la race et de l'origine ethnique, de la religion et des convictions et de l'orientation sexuelle. Cette loi prévoit que la discrimination fondée sur deux motifs ou plus doit être traitée comme une circonstance aggravante.⁹⁴⁰ Ainsi, les instruments réglementaires roumains prévoient que la discrimination multiple doit être prise en compte lors du calcul de l'indemnisation.⁹⁴¹

Cependant, le concept de discrimination multiple est prévu dans la législation roumaine de manière tellement simple que cela rend son application impossible dans la pratique.⁹⁴² Le concept tel que prévu par la loi ne contient pas d'éléments détaillées de la discrimination composée ou intersectionnelle.

⁹³⁷ Eleonora Zielinska in, « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, SCHIEK DAGMAR BURRI SUSANNE Manuscrit achevé en juillet 2009

⁹³⁸ Eleonora Zielinska in, « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, SCHIEK DAGMAR BURRI SUSANNE Manuscrit achevé en juillet 2009

⁹³⁹ V. S. Burri/D. Schiek, *Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, Publication commissioned by the European Commission, 2009

⁹⁴⁰ GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

⁹⁴¹ Romania: Governmental Ordinance 77 of 2003.

⁹⁴² Roxana Tesiu, in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social

En Roumanie, le Conseil national de lutte contre la discrimination (NCCD), en tant qu'autorité publique indépendante, sous la tutelle du Parlement, est l'organisme spécialisé chargé de traiter de toutes les formes de discrimination fondée sur tous les motifs, y compris le sexe, la race ou l'origine ethnique, la nationalité, la religion, le handicap, l'orientation sexuelle et son mandat est fondé sur l'Acte 2000 sur la lutte contre la discrimination.

Selon les déclarations publiques du président du Conseil national de lutte contre la discrimination (NCCD), dans la pratique, les allégations de discrimination sont examinées séparément pour chaque motif contenu dans la plainte. Si l'enquête confirme l'existence de plus d'un motif de discrimination interdit, l'amende appliquée est double ou triple, reflétant l'existence de plusieurs motifs.⁹⁴³

Les organismes nationaux pour l'égalité de traitement en Roumanie notent que «[...] après avoir reçu de nombreuses plaintes émanant de femmes de culture rom, concernant lesquelles il n'était pas possible de savoir si la discrimination était due à leur origine ethnique ou bien au fait qu'elles étaient des femmes, nous [l'organisme pour l'égalité de traitement] avons suggéré de modifier la loi relative à l'égalité de traitement de manière à pouvoir traiter les cas de discrimination multiple. La législation a été modifiée dans le sens où en cas de discrimination fondée sur plus d'un motif, il y aura une circonstance aggravante.⁹⁴⁴»

Les conclusions d'une étude sur la discrimination multiple en Roumanie par la NAEO (Agence nationale pour l'égalité des chances) en tant qu'agence d'exécution sous-traitante de deux entités, à savoir la Société Roumaine pour l'Analyse féministe (AnA) et l'Institut national de la recherche scientifique dans le domaine du travail et de la protection sociale, révèlent que les groupes de population les plus vulnérables à la discrimination multiple en Roumanie sont représentés par les femmes présentant différentes caractéristiques sociales telles que : les femmes roms, les femmes âgées de

Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009

⁹⁴³ NCCD, position publique citée dans l'étude sur la discrimination multiple en Roumanie 2008, disponible sur http://www.incsmps.ro/documente/Microsoft%20Word%20%20discriminare_final_print.pdf p. 38, consultée le 19 février 2009.

⁹⁴⁴ Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, «Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », Document achevé en septembre 2007, p 34

plus de 40 ans et les femmes des zones rurales.⁹⁴⁵ La même étude révèle que « plusieurs catégories de femmes, caractérisées par une identité autre que le seul fait d'être une femme, comme étant Roma, âgées ou pauvres, sont les groupes les plus exposés aux actes discriminatoires dans les lieux publics, ainsi que dans l'accès aux services publics tels que l'éducation, les services de santé et dans les contacts avec les autorités locales. Les hôpitaux et les centres de santé sont perçus comme les lieux publics les plus discriminatoires.

En outre, la recherche a clairement montré que plusieurs groupes sont perçus ou ont une perception d'eux-mêmes en tant qu'extrêmement vulnérables à la discrimination intersectionnelle fondée sur le sexe et l'âge : les hommes jeunes et âgés par rapport aux femmes du même âge sont plus exposés à la discrimination lors de la demande d'emploi, mais les femmes jeunes et plus âgées sont vulnérables à la discrimination en milieu de travail, confrontées à des obstacles à l'avancement dans leur carrière et dans l'accès à la formation et au développement professionnel. Les femmes ayant des enfants sont plus souvent objet de discrimination ou souffrent de formes spécifiques de discrimination, en matière d'accès à l'emploi par rapport aux hommes ayant des enfants. Aussi, les femmes qui appartiennent à des minorités ethniques en Roumanie souffrent de formes spécifiques de discrimination sur le marché du travail, et sont le plus souvent l'objet de discrimination par rapport aux hommes de la même minorité roumaine et, à la fois, aux autres femmes.⁹⁴⁶ En outre, selon la même étude, les personnes sans éducation ou avec une instruction de base représentent un groupe extrêmement vulnérable sur le marché du travail, en particulier du fait que la discrimination qui survient lorsque ils essaient d'avoir accès à un emploi pourrait être facilement masquée derrière l'argument que leur niveau d'instruction est insatisfaisant.

- b. Les États qui ne reconnaissent pas formellement que la discrimination peut être fondée sur plus d'un motif interdits

Le concept de discrimination multiple n'est pas utilisé et, par conséquent, n'est pas défini *par la loi belge*. Mais, *la Belgique* a légiféré dans chaque domaine sur tous les

⁹⁴⁵ 2008 Étude sur la discrimination multiple en Roumanie, disponible à http://www.incsmps.ro/documente/Microsoft%20Word%20-%20discriminare_final_print.pdf, page 46, consulté le 21 février 2009.

⁹⁴⁶ 2008 Étude sur la discrimination multiple en Roumanie, disponible à http://www.incsmps.ro/documente/Microsoft%20Word%20-%20discriminare_final_print.pdf, page 46, consulté le 21 février de 2009.

motifs de discrimination de façon égale.⁹⁴⁷ Ainsi, la reconnaissance de la discrimination multiple de nature additive sera vraisemblablement moins problématique que dans les autres pays. Cela ne concerne pas le cas de la discrimination de nature intersectionnelle.

Les trois lois fédérales du 10 mai 2007, la « loi de la discrimination fondée sur le genre », la « loi de la discrimination fondée sur la race » et la « la loi générale sur la discrimination », ont été établies suivant des lignes uniformes, de sorte que leurs dispositions sur la procédure et la charge de la preuve sont identiques. Cela signifie que tous les éléments d'une situation de discrimination multiple doivent être examinés séparément à la lumière d'une ou plusieurs lois, mais ceci peut être effectué par le biais de la même procédure.

Un risque lié à la portée de la discrimination interdite concerne sa justification légale. Si l'on imagine un cas de discrimination fondée sur deux motifs dans le domaine de l'emploi, par exemple, sur le sexe et sur la santé. en examinant séparément le premier motif, on conclut qu'il ne peut pas être justifié en conformité au droit communautaire, tandis que les justifications objectives sont recevables pour le deuxième motif. L'on peut craindre que le tribunal accepte les justifications sur les deux motifs, ce qui rend la charge de la preuve du demandeur plus lourde que celle prévue par les directives communautaires.⁹⁴⁸

Selon l'énoncé des objectifs du projet de la loi générale contre la discrimination, l'intention initiale était de transposer toutes les directives sur la discrimination de l'Union européenne (à l'époque, Communauté européenne), par le biais d'une seule loi, un avantage qui pourrait avoir facilité le traitement de la discrimination multiple. Au lieu de cela, l'on choisit un modèle en trois actes, principalement dans le but d'éviter une dilution de la dimension transversale du sexe et aussi dans la crainte d'émousser les nuances du droit communautaire et de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne.

En ce qui concerne rôle des organismes d'égalité, le Centre pour l'égalité des chances et de la lutte contre le racisme, instituant en 1993, a étendu son compétence pour tous

⁹⁴⁷ FREDMAN SANDRA, « Un double problème : la discrimination multiple et la législation de l'Union européenne », Revue du droit européen, édition n° 2, 2005, p.18. et le site http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/policy/aneval/legnet_en.htm

⁹⁴⁸ JACQUIM JEAN, dans le document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR

les types de discrimination à l'exception du sexe, avec la loi du 25 février 2003, en vertu de directives de l'Union européenne et sous la législation fédérale. D'autre part, l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, créé en 2002, a connu divers problèmes administratifs à son début. Ainsi, le Centre se concentrait sur toutes les situations de discrimination multiple, sauf l'aspect du sexe. Ensuite, les deux agences le Centre et l'Institut ont développé certaines formes de collaboration.

De toute évidence, les plaintes mal orientées doivent être envoyées à l'agence correcte, et les cas relevant de la compétence commune, comme ceux portant sur l'orientation sexuelle (Centre) et le transsexualisme (Institut), doivent être résolus de manière adéquate. Les deux organismes ont aussi compétence de procéder à la recherche et ils peuvent collaborer sur les questions d'intérêt commun, tels que « le sexe et l'immigration⁹⁴⁹ ».

La législation bulgare, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2004, définit la discrimination multiple, mais d'une manière très simple, et indique que les organes de l'État, les organes publics et les collectivités locales doivent prioritairement prendre des mesures visant à rétablir l'égalité des personnes victimes de discrimination multiple.

Ainsi, la discrimination multiple en Bulgarie est définie dans les dispositions complémentaires de la loi relative à la protection contre la discrimination (PADA), lesquelles prévoient, au paragraphe 1, article 11, que « la discrimination multiple » est une discrimination fondée sur plus d'une caractéristique définies à l'article 4, paragraphe 1 (Mesures positives).

En outre, le paragraphe 2 de l'article 11, prévoit que : « les autorités de l'État, les organismes publics et les gouvernements locaux doivent prendre des mesures prioritaires, conformément aux dispositions de l'article 7, paragraphe 1, alinéas 12 et 13 (aujourd'hui paragraphes 13 et 14), afin de mettre en œuvre l'égalité des chances des personnes victimes de discriminations multiples », par exemple, des mesures d'éducation et de formation pour garantir une inclusion équilibrée des femmes et des

⁹⁴⁹ JACQUIM JEAN, dans le document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR

hommes, des mesures spécifiques en faveur des personnes ou de groupes de personnes défavorisées.⁹⁵⁰

Cependant, il n'y a pas d'interdiction explicite de la discrimination multiple dans les dispositions générales de la loi. L'article 11 peut être considéré comme très ambigu et difficile à mettre en œuvre. En outre, le fait de limiter les mesures contre la discrimination multiple aux situations mentionnées ne garantit pas la protection dans les cas où la discrimination sur le sexe est impliquée.

Selon l'experte bulgare⁹⁵¹, il y a eu deux cas examinés dans le cadre des discriminations fondées sur plus d'un motif, incluant la discrimination sur le sexe. Bien qu'ils ne représentent pas des cas typiques de discrimination multiple, ils sont mentionnés comme tels dans la jurisprudence de la Cour au titre de la jurisprudence en matière de protection contre la discrimination.⁹⁵² Étant donné que ces décisions judiciaires ont été rendues relativement tôt après l'adoption de la loi relative à la protection contre la discrimination (PADA) (dans la période 2003-2005), les différents motifs n'ont pas été abordés séparément et les aspects du sexe n'ont pas été identifiés assez clairement.

La première décision de la Cour suprême administrative portait sur un cas de discrimination sur le sexe et l'âge (fichier administratif 4402/2005). Une femme handicapée s'est plainte qu'un acte réglementaire qui accordait un type spécial de fauteuils roulants pour personnes handicapées aux hommes jusqu'à 65 ans et aux femmes jusqu'à 60 ans était un cas de discrimination multiple fondée sur l'âge et le sexe. Le résultat de la discrimination ayant été identifié, la disposition correspondante a été supprimée par le tribunal.

La deuxième décision de la Cour suprême administrative, (fichier administratif 5063/2003), était fondée sur le sexe et le statut personnel. Une étudiante de l'université

⁹⁵⁰ GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013, Article 11 of the Act on Protection Against Discrimination.

⁹⁵¹ TISHEVA GENOVEVA dans le document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR

⁹⁵² Publication de la Commission de la protection contre la discrimination de 2008, TISHEVA GENOVEVA dans le document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR

s'est plainte avoir été victime de discrimination, par une disposition du décret gouvernemental réglementant les bourses d'études, en raison du fait qu'elle était femme et mère. Cette disposition interdisait l'accumulation d'une bourse d'études de l'université avec la prestation familiale pour la grossesse, pour l'accouchement et la garde d'enfants qui était prévue dans la loi sur l'aide à la famille pour les enfants. Le tribunal a jugé que la subvention et les bénéfices étaient accordés pour des motifs différents et que, partant, la requérante avait été victime de discrimination. Par conséquent, il a annulé la disposition du décret gouvernemental réglementant les bourses d'études. Ce cas de discrimination multiple est tout à fait intéressant parce qu'il est indicatif de la capacité de la Cour d'identifier la discrimination multiple malgré le fait que l'affaire était jugée en 2003 et qu'aucune jurisprudence constante n'existait pas à cette époque.⁹⁵³

Cependant, il n'y a aucun indice montrant que l'identification de la discrimination multiple aurait joué un rôle, à l'exception de la suppression des dispositions contestées, dans la répartition de l'indemnisation des victimes.⁹⁵⁴

En outre, malgré le fait que la Commission de la protection contre la discrimination dispose d'une subdivision spéciale, prévoyant un comité de cinq membres spécialisés dans les cas de discrimination multiple, il y eut de cas où elle ne fut pas particulièrement efficace dans l'identification de plusieurs motifs de discrimination. Il convient de noter que, dans la période 2006-2007, la Commission devait traiter les cas relatifs à l'interdiction de porter le voile par Étudiants musulmans dans les écoles du sud en Bulgarie. La décision de la Commission, qui a soulevé un débat intense dans la société, était que l'interdiction du voile dans les écoles où il y a une obligation de porter des uniformes spéciaux ne constitue pas une discrimination. Le ministère de l'éducation et des sciences a été chargé d'adopter des règlements spéciaux concernant le port « de symboles religieux » à l'école. Bien que l'interdiction ait affecté seulement les étudiants féminins, la Commission a ignoré la possibilité de considérer également les aspects spécifiques du sexe de ce problème.

Ainsi, bien que la Commission de la protection contre la discrimination ait la compétence d'assurer la protection contre la discrimination multiple, cette compétence

⁹⁵³ TISHEVA GENOVEVA dans le document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR

⁹⁵⁴ Voir, note 176.

n'a pas été suffisamment utilisée. D'ailleurs, conformément à l'article 50, paragraphe 2, de la PADA, la Commission est compétente pour connaître des cas de discrimination multiple. En outre, elle est compétente pour mener des enquêtes indépendantes et pour émettre des publications et des recommandations sur tous les aspects de discrimination (article 47 PADA).

Selon l'avis de l'experte bulgare⁹⁵⁵ repris dans le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple, il est nécessaire de renforcer l'approche juridique au niveau européen et national. Au niveau national, les dispositions du premier chapitre « Dispositions générales » du PADA sur la nécessité de lutter contre la discrimination multiple devraient être plus concrètes, plutôt que de se limiter à la mention imprécise de « mesures » ou de « toutes les mesures nécessaires. » Étant donné que le concept est très nouveau pour la législation bulgare, les organismes nationaux et locaux auront des difficultés à mettre en œuvre ces mesures. En outre, selon l'experte bulgare, la protection contre la discrimination multiple doit être abordée plus spécifiquement à l'avenir dans une loi sur l'égalité des sexes. Les changements possibles dans la législation de l'Union européenne dans le sens du renforcement et d'un accroissement des mesures concrètes pour la protection contre la discrimination multiple justifieraient le besoin de changements mentionnés au niveau national.⁹⁵⁶

Le système juridique *de Chypre* garantit une protection juridique aux personnes qui affirment être victimes de toute forme de discrimination et prévoit des recours administratifs et judiciaires efficaces.

Les droits et les libertés fondamentales des citoyens et les recours prévus pour leur mise en œuvre sont définis dans la Constitution de Chypre, qui inclut les droits et les libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Tous ces droits sont garantis à toutes les personnes sans aucune distinction ou différenciation entre citoyens et non-citoyens de la République de Chypre ou entre les citoyens de la République qui appartiennent aux communautés grecque et turque et sans

⁹⁵⁵ TISHEVA GENOVEVA dans le Document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR

⁹⁵⁶ Voir, note 178

aucune distinction ou différenciation fondée sur la communauté ou la religion ou la nationalité, ou d'autres motifs.

Le paragraphe 1 de l'article 28 de la Constitution accorde à toute personne le droit à l'égalité devant la loi, l'administration et la justice, et à la protection du traitement égal. Le paragraphe 2 du même article accorde à toute personne le droit de jouir des droits et des libertés prévus par la Constitution sans aucune discrimination directe ou indirecte fondée sur la « communauté, la race, la religion, la langue, le sexe, les convictions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la naissance, le couleur, le santé, le statut social de la personne ou pour tout motif quel qu'il soit, sauf disposition expresse contraire à la Constitution. »

L'article 6 de la Constitution dispose qu'aucune loi ou décision de Parlement ni aucun acte ou décision émanant d'un organe, d'une autorité ou d'une personne dans l'exercice du pouvoir exécutif de la République ou lié aux fonctions administratives, ne peut être discriminatoire envers une personne.

L'article 35 de la Constitution impose au pouvoir législatif, exécutif et judiciaire l'obligation d'assurer l'application efficace des dispositions de la Constitution établissant les droits et libertés fondamentaux, dans les limites de leurs compétences respectives.

Chypre a ratifié ou signé la plupart des conventions et des protocoles internationaux dans le domaine des droits de l'homme, y compris ceux portant sur les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels et les droits du domaine de la protection et du respect des minorités et de lutte contre la discrimination.

Depuis la ratification de la Convention des Nations unies sur l'élimination de la toutes les formes de discrimination raciale par la loi n° 12/67, Chypre a modifié cette loi (loi n° 11/92 par) afin de créer un certain nombre d'infractions pénales relatives à la discrimination (article 2A de la loi). Cette loi a également été modifiée en 1995 et 1999 par les lois n° 6 (III) / 95 et 28 (III) / 99.

Chypre a adopté quatre lois qui sont entrées en vigueur à la date de son adhésion à l'Union européenne (1er mai 2004) : la loi modifiant la loi existante sur le handicap⁹⁵⁷, la loi transposant la directive sur l'emploi⁹⁵⁸, la loi transposant la directive sur la race⁹⁵⁹

⁹⁵⁷ N° 57(I)/2004 (31.03.2004).

⁹⁵⁸ N° 58(I)/2004 (31 March 2004).

⁹⁵⁹ N° 59(I)/2004 (31 March 2004).

et la loi désignant le Médiateur (ombudsman)⁹⁶⁰, l'organisme spécialisé habilité à enquêter sur les plaintes de discrimination en vertu des trois lois susmentionnées et au-delà.

La législation nationale contre la discrimination est en ligne avec les deux directives 2000/43/CE et le 2000/78/CE du Conseil de l'Union européenne, mais n'a pas été fondée sur la question de la discrimination multiple, qui a très récemment commencé à être un sujet de débat en Chypre. Pour cette raison, la législation actuelle ne définit pas ou ne traite pas de la discrimination multiple. Sur la base de ce qui précède, l'experte chypriote estime que le cadre juridique existant à Chypre est très large et peut assurer la protection de la discrimination multiple aussi bien⁹⁶¹.

En outre, dans le document de l'Union européenne de 2009 sur la discrimination multiple, l'experte chypriote explique qu'il n'y a pas de cas de discrimination multiple devant les tribunaux et qu'aucune plainte n'a été soumise au Médiateur pour un tel cas. Par ailleurs, le Médiateur (ombudsman) a examiné seulement des plaintes de discrimination liées à un seul motif.

À Chypre, la discrimination multiple est un concept nouveau et il n'y a pas eu de dialogue sur ce concept entre les partenaires sociaux ou les ONG. Selon l'experte chypriote, il est nécessaire de renforcer l'approche juridique au niveau national afin de lutter contre la discrimination multiple dans l'Union européenne. Elle explique que la législation nouvelle devrait couvrir tous les motifs de discrimination et tous les domaines - et non seulement les domaines de l'emploi – tels que le domaine de la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, le domaine de l'éducation et de l'accès aux biens et services qui sont disponibles au public, y compris le logement. La discrimination multiple doit être prise en compte dans toute action d'égalité ainsi que dans les stratégies, les plans d'action. Le soutien financier de l'Union européenne doit être fourni pour les activités visant à lutter contre une telle discrimination.

Il n'y a aucune définition de la discrimination multiple dans la législation **danoise**. Cependant, dans les pays nordiques, le cadre juridique favorable en matière d'égalité a permis

⁹⁶⁰ 42(I)/2004 19 March 2004

⁹⁶¹ EFSTRATIOU- GEORGIADES EVANGELIA, dans le document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR

aux juridictions et aux institutions extrajudiciaires de ces pays de reconnaître la notion de discrimination multiple.

Les affaires les plus connues dans ce domaine dont ont traité les juridictions de ces pays portaient sur les codes vestimentaires qui interdisaient le port du voile islamique sur les lieux de travail. L'affaire *Føtex*⁹⁶², de la Cour Suprême du Danemark, par exemple, relève de cette catégorie.

Dans cette affaire, une femme travaillant dans un grand magasin a été licenciée à partir du moment où elle s'est mise à porter le voile (hijab). La requérante a contesté son licenciement en invoquant uniquement une discrimination religieuse. La Cour, statuant sur cette affaire, a qualifié cette mesure de discrimination indirecte fondée sur les convictions religieuses, le sexe et l'origine ethnique. Néanmoins, elle a refusé la prétention des dommages-intérêts à la demanderesse parce qu'elle a considéré que le code vestimentaire litigieux était justifié, puisqu'il visait à éviter les conflits idéologiques au sein de l'entreprise.⁹⁶³
⁹⁶⁴ Ainsi, l'affaire danoise *Føtex*⁹⁶⁵ est une autre illustration de la manière dont la question de la discrimination multiple peut être traitée par une juridiction nationale.

Cependant, dans le passé, il y avait plusieurs affaires concernant l'allégation de femmes musulmanes d'avoir subi des discriminations en raison du fait qu'elles portaient le voile et où la Cour n'a pas statué sur une discrimination multiple. Dans la première affaire⁹⁶⁶ concernant cette allégation, une jeune fille a porté plainte pour avoir subi une discrimination religieuse quand une grande boutique lui a refusé un stage d'une semaine, parce qu'elle s'était rendue au milieu de travail portant le voile. La grande boutique a justifié ses actions en renvoyant à ses lignes directrices concernant le code vestimentaire des employés. Mais, les lignes directrices étaient vagues. Elles exigeaient du personnel à être habillé décemment. La Cour d'appel a jugé que la

⁹⁶² V. U 2005, 1265, citée par **S. Burri/D. Schiek**, *Multiple discrimination in EU law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, Publication commissioned by the European Commission, 2009 et **L. Roseberry**, *Religion, ethnicity and gender in the Danish headscarf debate*, in: D. Schiek/C. Chege, (éd.), *European Union non-discrimination law, Comparative perspectives on multidimensional conception of equality law*, op. cit., p. 329 et s., qui présente une analyse de l'affaire en combinaison avec d'autres arrêts judiciaires danois ayant trait à la question du port du voile islamique au travail.

⁹⁶³ **V. Roseberry**, *Religion, ethnicity and gender in the Danish headscarf debate*, in: D. Schiek/C. Chege, (éd.), *European Union non-discrimination law, Comparative perspectives on multidimensional conception of equality law*, op. cit., p. 329 et s., qui présente une analyse de l'affaire en combinaison avec d'autres arrêts judiciaires danois ayant trait à la question du port du voile islamique au travail.

⁹⁶⁴ GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

⁹⁶⁵ U 2005, 1265H

⁹⁶⁶ U 2000, 2350.

boutique avait violé l'interdiction contre la discrimination sur la base de la religion et a contraint la boutique de verser une indemnité à la plaignante.

Le cas suivant porte sur un traitement différent à cause du voile et le refus de la fabrique de chocolat Toms d'embaucher une femme musulmane portant le voile pendant son travail dans leur département de production, parce qu'elle ne pouvait pas tenir tout son voile sous un chapeau, dont l'usage était obligatoire pour le personnel pour des raisons d'hygiène.⁹⁶⁷ La Cour a constaté que des raisons d'hygiène et de sécurité justifient la politique de l'entreprise. Le demandeur a fait appel du jugement devant la Cour suprême, mais les parties ont fini par conclure un accord.

En outre, en 2007, l'organisation des plaintes sur l'égalité des sexes (qui existait depuis 2000 jusqu'à la fin de 2008) a examiné une affaire où une femme se plaignait qu'un employeur avait rejeté sa demande de travail parce qu'elle portait le voile.⁹⁶⁸ L'employeur l'a refusé. Il a affirmé que la raison pour laquelle il n'a pas offert l'emploi était qu'il avait imposé un arrêt de recrutement. L'organisation de plaintes sur l'égalité du sexe a constaté que la plaignante n'avait pas suffisamment prouvé que le fait qu'elle porte le voile avait été la raison pour laquelle elle n'avait pas obtenu le travail.

Il convient de mentionner que, le 1^{er} Janvier 2009, un nouveau Conseil des plaintes sur l'égalité pour tous les motifs de discrimination a été établi. Le nouveau conseil examine les plaintes concernant la discrimination à la fois dans l'emploi et dans d'autres domaines. Les conseils de plaintes pour l'égalité des sexes et l'égalité ethnique, qui existaient avant, ont été abolis. Leurs fonctions ont été reprises par le nouveau Conseil des plaintes du 1^{er} Janvier 2009. Cependant, il est compétent pour traiter les plaintes des victimes de discrimination sans avoir compétence pour mener des enquêtes indépendantes concernant les discriminations, publier des rapports indépendants ou faire des recommandations sur toute question relative à une telle discrimination et il n'est pas en mesure d'engager des procédures de sa propre initiative. Il n'est donc pas un organe de surveillance tel que requis par l'article 12 de la directive 2004/113 ou de l'article 20 de la directive de refonte (2006/54/CE)⁹⁶⁹.

⁹⁶⁷ Toms Fabrikker, 18 *afdeling sag* B-0877/00, judgment of 5 April 2001

⁹⁶⁸ Affaire n° 6/2007.

⁹⁶⁹ SCHIEK DAGMAR BURRI SUSANNE, « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, Manuscrit achevé en juillet 2009.

En Espagne, l'article 14 de *la Constitution espagnole* contient une liste ouverte de motifs de discrimination, mais ne mentionne pas la discrimination multiple. La loi 3/2007 sur l'égalité entre les femmes et les hommes contient trois références liées à la discrimination multiple. Le préambule (II) accorde une attention particulière aux « cas de discrimination double et aux difficultés particulières que rencontrent les femmes dans une situation de vulnérabilité, comme les femmes appartenant à une minorité, les femmes migrantes et handicapées.⁹⁷⁰ »

En outre, cette loi prévoit que les problèmes auxquels donnent lieu les discriminations multiples doivent être abordés par le biais de politiques et de dispositions positives que les autorités doivent adopter.⁹⁷¹ Ainsi, l'article 14.6 de la loi 3/2007 énonce les critères généraux applicables aux actions des pouvoirs publics. L'un des critères est la « considération des difficultés particulières dans lesquelles les femmes incluses dans les groupes particulièrement vulnérables (au risque d'exclusion sociale) comme ceux qui appartiennent à une minorité, soit femmes migrantes, filles, femmes handicapées, femmes âgées, veuves et femmes victimes de violence domestique, pour lesquelles les pouvoirs publics pourraient également adopter des mesures d'action positive ».

Enfin, l'article 20 c de la loi 3/2007 stipule que, lors de la préparation des études et des statistiques, les autorités doivent introduire des indicateurs et les mécanismes nécessaires pour montrer comment l'incidence des autres variables peut générer des situations de discrimination multiple dans les différents domaines d'action. En conclusion, la législation espagnole reconnaît l'existence de situations éventuelles de la discrimination multiple et comprend certaines obligations pour les autorités comme celle de tenir compte de la vulnérabilité particulière dérivée de la discrimination multiple, d'adopter des mesures positives pour lutter contre la discrimination multiple et de tenir compte de la discrimination multiple dans les études et statistiques⁹⁷².

⁹⁷⁰ La loi 4/2005 du 18 février 2005 de la Communauté Autonome d'Euskadi pour l'égalité des hommes et des femmes reconnaît que de nombreuses femmes sont victimes et que d'autres discriminations dérivent de celles fondées sur le sexe : race, origine ethnique, langue, âge, incapacité, patrimoine, orientation sexuelle. Le texte estime que le phénomène des discriminations multiples « affaiblit la citoyenneté des femmes », sans pour autant bâtir un régime juridique concret.

⁹⁷¹ V. Espagne : article 14.6 de la loi n° 3/2007.

⁹⁷² Berta Valdes, dans le document, « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction SCHIEK DAGMAR BURRI SUSANNE

Selon Sandra Fredman, étant donné que l'Espagne interdit la discrimination au niveau des avantages sociaux non seulement pour les motifs de race mais aussi pour ceux de la religion ou des convictions, du handicap et de l'orientation sexuelle⁹⁷³, la reconnaissance de la discrimination multiple de nature additive sera vraisemblablement moins problématique, mais cela ne vaut pas dans le cas de discrimination de nature intersectionnelle.

D'ailleurs, la loi espagnole n'inclut pas de lignes directrices spécifiques sur la manière de gérer les plaintes en discrimination multiple bien qu'elle introduise l'obligation de prendre systématiquement en compte la question de l'égalité transversale.

En outre, la discrimination multiple n'est généralement pas clairement identifiée dans les affaires et l'approche devant les tribunaux est généralement limitée à un seul motif. Un exemple de discrimination dans le domaine du travail est celui de la discrimination dont souffrent les travailleurs à temps partiel concernant la sécurité sociale, en raison de l'ancien article 12.4 du Statut des travailleurs (déjà modifié). La règle permettant de calculer les conditions que les travailleurs à temps partiel doivent remplir afin de bénéficier de prestations de sécurité sociale a entraîné un résultat disproportionné du point de vue du principe de l'égalité. En effet, si le travailleur a travaillé à temps partiel pour quelques périodes de sa vie, non seulement obtient-il une pension inférieure (ce qui est correct, compte tenu de ses cotisations inférieures) mais, de plus, l'accès à la protection sociale devient elle aussi difficile car le nombre de jours de travail requis est plus élevé. Par conséquent, la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 253/2004, a déclaré l'inconstitutionnalité de l'ancien article 12.4 du statut des travailleurs en raison de la violation du principe d'égalité du point de vue de l'absence de proportionnalité entre la mesure adoptée, le résultat de la mesure et l'objectif final. Dans une autre perspective, le contrat à temps partiel est une institution qui, en fait, affecte principalement les femmes. L'impact de la règle de calcul des exigences nécessaires pour ce type de contrats touche une plus grande proportion de femmes que d'hommes. Étant donné qu'aucune raison de politique sociale ne peut justifier cette mesure, cela constitue une discrimination indirecte. Les résultats de la discrimination

⁹⁷² «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo' in *Revista Española de Derecho Constitucional* un. 84, 2008 La discrimination multiple, une vieille réalité, un nouveau concept.

⁹⁷³ FREDMAN SANDRA, « Un double problème : la discrimination multiple et la législation de l'Union européenne », *Revue du droit européen*, édition n° 2, 2005, p.18., et le site http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/policy/aneval/legnet_en.htm

multiple directe ou indirecte à cause d'un contrat à temps partiel touchent principalement les femmes. Un autre exemple est la discrimination des femmes migrantes en raison d'une double condition : elles sont dans une situation de violence familiale et appartiennent à une autre race ou à un groupe ethnique ou bien ce sont des femmes pratiquant une autre religion (musulmane). Selon les études et la recherche présentées par les ONG⁹⁷⁴, lorsqu'il s'agit d'une immigrante illégale, il est difficile pour les femmes migrantes irrégulières de porter officiellement plainte concernant la violence en raison de la crainte de l'expulsion. Un autre problème susceptible de se poser est celui des femmes immigrées qui travaillent comme employées domestiques au titre d'un contrat de travail spécifique. En effet, les mesures de protection en cas de violence domestique (telle que la mobilité géographique, la suspension du contrat, etc.) qui sont offertes aux employées travaillant dans les entreprises ne sont pas applicables à ces employées domestiques particulières⁹⁷⁵.

Dans l'affaire n° 69/2007, la Cour constitutionnelle analyse le cas où la pension de veuve a été refusée à une femme parce qu'elle ne satisfaisait pas à l'exigence d'avoir conclu un mariage juridiquement reconnu avec un travailleur (le défunt). Le couple s'était marié selon les coutumes gitanes en 1971. Toutefois, ce mariage ne donne pas juridiquement au conjoint le droit à une pension de veuve. La Cour constitutionnelle a estimé qu'il n'y a pas de discrimination, car le mariage civil n'est pas subordonné à une race excluant les autres. L'exigence d'un mariage civil est une option du législateur qui peut exclure d'autres formes de cohabitation, comme les mariages selon les coutumes gitanes. La raison alléguée de la discrimination était la race et la situation sociale et la discrimination fondée sur le genre n'a pas été évoquée. Selon l'experte espagnole⁹⁷⁶, afin de conclure à la discrimination multiple, la défense a dû tenir compte du sexe de la requérante et du fait qu'il s'agissait de discrimination indirecte. Aussi, Rey Martínez⁹⁷⁷ a écrit qu'il faut prendre en compte la condition des femmes gitanes qui sont

⁹⁷⁴ Études de l'*Organización SOS Racismo*. 'Violencia doméstica y la mujer inmigrante', Rosario Gaspar Blanch, *Boletín de Azanzadi Penal*, 1/2003.

⁹⁷⁵ Extranjeras y mujeres, la irregularidad en la precariedad. Sin papeles ni derechos' by Pilar Rivas Vallejo. *Jurisprudencia Aranzadi Social* 20/2005. ('Foreign women and women, the irregularity in uncertainty. Without papers or rights').

⁹⁷⁶ Berta Valdes, in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, sous la direction de SCHIEK DAGMAR BURRI SUSANNE, achevé en juillet 2009

⁹⁷⁷ 'La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo' in *Revista Española de Derecho Constitucional* un. 84, 2008 La discrimination multiple, une vieille réalité, un nouveau concept

socialement et culturellement soumises au mariage selon le rite gitan et à une forme de vie où c'est l'homme qui travaille. Il s'agissait d'une situation discriminatoire qui pourrait ne pas être applicable à une femme non gitane, ni à un homme gitan. Un homme gitan relèverait de la même loi, mais les effets seraient différents parce que l'homme est généralement celui qui travaille. Ainsi, la femme ne bénéficie pas de pension de veuve si elle n'a pas préalablement travaillé pour une certaine période.

En mai 2011, un débat s'est déroulé sur l'adoption d'une nouvelle loi relative à l'égalité (Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y No Discriminación) qui devait inclure une définition et des règles applicables à la discrimination multiple ainsi que des actions positives pour ce type particulier de discrimination.⁹⁷⁸

En outre, il convient de mentionner que le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a examiné, le 8 juillet 2015, le rapport présenté par l'Espagne sur les mesures prises en application des dispositions de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Présentant le rapport de son pays, Mme Ana María Menéndez, Représentante permanente de l'Espagne auprès des Nations unies à Genève, a assuré que son gouvernement était pleinement engagé à consolider les conditions pour l'égalité des chances entre hommes et femmes. Le Gouvernement a approuvé un plan national d'action pour l'intégration sociale qui part d'un constat reconnaissant les situations défavorables de nombreuses femmes et intègre le principe de l'égalité de traitement et de chances dans l'ensemble des politiques d'inclusion sociale. Mme Menéndez a en outre indiqué que le Plan stratégique pour l'égalité des chances s'est notamment fixé pour objectifs de réduire les inégalités dans le domaine de l'emploi et les inégalités économiques, de soutenir la conciliation de la vie personnelle, familiale et professionnelle, et d'éradiquer la violence subie par les femmes du seul fait qu'elles sont des femmes. Pour sa part, l'Institut de la femme et pour l'égalité des chances est habilité à engager des poursuites devant les tribunaux, comme en témoignent des procès récents contre des entreprises pour publicité sexiste. Mme Menéndez a également attiré l'attention sur la loi 1/2014 visant à protéger les travailleurs à temps partiel, qui a modifié les mécanismes d'accès aux prestations de sécurité sociale pour les titulaires de contrats à temps partiel en garantissant une application correcte du principe d'égalité de traitement et de non-

⁹⁷⁸ GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

discrimination fondée sur le sexe. L'Espagne a prévu d'adopter sous peu le Plan spécial pour l'égalité entre hommes et femmes dans le domaine du travail et contre la discrimination salariale 2015-2017, a ajouté la Représentante permanente.⁹⁷⁹

En ce qui concerne les Gitans (Roms), la délégation⁹⁸⁰ a indiqué devant le Comité que l'un des objectifs de la stratégie en faveur de ces populations pour les années 2012-2020 est de promouvoir la collecte de données en finançant des études sociologiques portant, par exemple, sur la manière dont évolue l'éducation de la population gitane, notamment des jeunes gitanes. Aujourd'hui, quasiment 100% des enfants roms soient scolarisés, a fait valoir la délégation, insistant sur l'accent que mettent les autorités espagnoles à faire en sorte que les jeunes filles roms, en particulier, poursuivent leur scolarité au-delà de l'adolescence. La participation des étudiants gitans au niveau du supérieur est relativement faible par rapport à la moyenne nationale, a reconnu la délégation. S'agissant des femmes handicapées, la délégation a reconnu qu'il existe des disparités entre les hommes et les femmes handicapés. Les personnes handicapées, en particulier les femmes souffrant de handicap sévère, ont de faibles taux d'emploi (environ 34% pour les femmes et 39% pour les hommes) alors que travailler est le meilleur facteur d'intégration sociale.

Le concept de discrimination multiple n'est pas explicitement défini dans la législation *d'Estonie*. Il n'existe pas, actuellement, de jurisprudence sur la discrimination multiple en Estonie.⁹⁸¹ La question de la preuve et de la procédure peut se poser étant donné que l'étendue de la protection diffère pour chaque motif différent de discrimination interdite.

La loi sur l'égalité de traitement est entrée en vigueur le 1^{er} Janvier 2009 (Equal Treatment Act). Cette loi sur l'égalité de traitement offre une protection contre la discrimination fondée sur la race, l'origine ethnique, le couleur, les convictions religieuses ou d'autres, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle. Le principal objectif

⁹⁷⁹<http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16217&LangID=F#sthas h.DJt6WDpc.dpuf>

⁹⁸⁰ La délégation espagnole était également composée de représentants du ministère des affaires extérieures et de la coopération, du ministère de la justice, du ministère de l'intérieur, du ministère de l'emploi et de la sécurité sociale, du ministère de la santé, des services sociaux et de l'égalité ainsi que du ministère de l'éducation, de la culture et des sports.

⁹⁸¹ ALBI ANNELI in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de SCHIEK DAGMAR BURRI SUSANNE .

de la loi était de transposer les directives 2000/43 et 2000/78. La portée de la protection prévue correspond à celle des directives. Par conséquent, la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique est interdite au-delà du domaine de l'emploi, tandis que la discrimination fondée sur d'autres motifs, tels que les convictions religieuses ou autres, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle, n'est interdite que dans les domaines liés à l'emploi. Par conséquent, il est difficile de savoir si et dans quelle mesure les personnes sont protégées contre la discrimination fondée sur les derniers motifs.

Selon la doctrine constitutionnelle d'Estonie, les droits fondamentaux doivent être applicables pour les personnes.⁹⁸² Cela implique que, même dans les cas où la discrimination alléguée a lieu en dehors des zones réglementées par la loi sur l'égalité de traitement, le principe de l'égalité de traitement doit être respecté. Néanmoins, il n'est pas clair dans quelle mesure les concepts de discrimination et les principes correspondants établis au titre de la loi sur l'égalité de traitement peuvent être appliqués par recours à l'analogie dans de tels cas.

Même si les principes importants peuvent et doivent être appliqués par analogie, il est douteux que les principes procéduraux, tels que le principe de la charge de la preuve partagée, peuvent être appliquées dans les zones non réglementées explicitement par la loi sur l'égalité de traitement. Cela signifie que dans les cas de discrimination multiple, où se croisent différents motifs et où la portée de la protection des motifs respectifs est différente, il pourrait être difficile d'appliquer le principe de charge de la preuve partagée.

En outre, en Estonie, il n'existe pas d'informations sur les aspects juridiques de la discrimination multiple. Certaines études sur les aspects sociologiques de la discrimination multiple ont été menées dans le cadre de l'Année européenne de l'égalité des chances.⁹⁸³ Mais, nous ne disposons pas d'informations sur les actions ou

⁹⁸² L'article 19 de la Constitution estonienne stipule que : « ...Tout citoyen est tenu de respecter et de tenir compte des droits et libertés d'autrui, et de respecter la loi, dans l'exercice de ses droits et libertés et dans l'accomplissement de ses fonctions. »

⁹⁸³ M. Lagerspetz et al. *Isiku tunnuste või sotsiaalse positsiooni tõttu aset leidev ebavõrdne kohtlemine: elanike hoiakud, kogemused ja teadlikkus: uuringuraport* (Unequal treatment on personal characteristics or social position: expectations, experience and awareness of persons: report of the study), Tallinn, 2007. Dans le site : [http://213.184.49.171/est/HtmlPages/Isikutunnustevõisotsiaalsepositsioonitõttuasetleidevebavõrdnekohtlemine_Uuringuraport/\\$file/Isiku%20tunnuste%20või%20sotsiaalse%20positsiooni%20tõttu%20aset%20leidev%20ebavõrdne%20kohtlemine_%20Uuringuraport.pdf](http://213.184.49.171/est/HtmlPages/Isikutunnustevõisotsiaalsepositsioonitõttuasetleidevebavõrdnekohtlemine_Uuringuraport/$file/Isiku%20tunnuste%20või%20sotsiaalse%20positsiooni%20tõttu%20aset%20leidev%20ebavõrdne%20kohtlemine_%20Uuringuraport.pdf) (in Estonian, accessed 22 February 2009); M. Tali et al. *Naised Eesti mustlaskogukondades, uurimuse aruanne* (Women in Estonian Roma communities, a report of the study), Tallinn, 2007, au site : [http://213.184.49.171/est/HtmlPages/NaisedEestimustlaskogukondades_uuringuraport/\\$file/Naised%20Eesti%20mustlaskogukondades_uuringuraport.pdf](http://213.184.49.171/est/HtmlPages/NaisedEestimustlaskogukondades_uuringuraport/$file/Naised%20Eesti%20mustlaskogukondades_uuringuraport.pdf) (in Estonian, accessed 22 February 2009) ; S.

les enquêtes où les données sociologiques auraient été analysées d'un point de vue juridique, et aucune législation n'a été créée afin d'améliorer la situation.

Le Commissaire de l'égalité des sexes (depuis le 1^{er} janvier 2009, 'Commissaire de l'égalité des sexes et du traitement égal') a remarqué qu'elle n'a pas encore traité de cas de discrimination multiple, bien qu'il a l'intention d'examiner cette question de manière plus approfondie dans l'avenir.⁹⁸⁴ À compter du 1^{er} janvier 2009, le commissaire a le pouvoir de superviser également les exigences de la Loi sur l'égalité de traitement. Ces pouvoirs du commissaire devraient renforcer l'efficacité du traitement de la question de la discrimination multiple, car outre l'inégalité des sexes, il est dorénavant compétent pour lutter contre la discrimination fondée sur la race, l'origine ethnique, le couleur, l'âge, le handicap, la religion, les croyances et l'orientation sexuelle.

Le Chancelier de la Justice a souligné les effets des dispositions de la Loi sur l'égalité de traitement à l'égard de la discrimination multiple. Comme précité, la discrimination fondée sur le sexe et la race ou l'origine ethnique est interdite au-delà du domaine de l'emploi, tandis que la discrimination fondée sur l'âge, le handicap, la religion la croyance et l'orientation sexuelle est interdite seulement dans les domaines liés à l'emploi. Ainsi, dans sa lettre à la Commission des affaires constitutionnelles du Parlement, le Chancelier de la Justice a souligné que la différence de portée de la protection rend le traitement des cas de discrimination multiple plus difficile. Toutefois, le Parlement n'a pas suivi les recommandations du Chancelier de la Justice lors de l'adoption de la Loi sur l'égalité de traitement.

Le rôle des organismes pour l'égalité pourrait être considérable dans la lutte contre discrimination multiple. Selon la Loi sur l'égalité de traitement, le commissaire de l'égalité des sexes et de l'égalité de traitement a le pouvoir de contrôler le respect des exigences de la Loi sur l'égalité de traitement et d'égalité des sexes, d'analyser l'impact des lois sur la situation des hommes et des femmes et des personnes qui présentent certaines caractéristiques prévus à l'article 1 de la Loi sur l'égalité de traitement (à savoir la race, l'origine ethnique, le couleur, l'âge, le handicap, la religion ou les convictions,

Anspal, E. Kallaste *Vähemusrahvustest naiste olukord Eesti tööturul* (The situation of women belonging to national minorities in Estonian labour market) – Poliitikauuringute keskus Praxis, Tallinn, 2007. Sur le site [http://213.184.49.171/est/HtmlPages/Vahemusrahvustestnaisteolukordtooturul/\\$file/Vahemusrahvustest%20naiste%20olukord%20tooturul.pdf](http://213.184.49.171/est/HtmlPages/Vahemusrahvustestnaisteolukordtooturul/$file/Vahemusrahvustest%20naiste%20olukord%20tooturul.pdf) (in Estonian, accessed 22 February 2009).

⁹⁸⁴ Présentation par le Commissaire à l'égalité de genre au séminaire « Droits des minorités nationales, de la société civile et réels problèmes dans la lutte contre la discrimination », 21 novembre 2008, Tallinn.

l'orientation sexuelle), de soumettre des propositions au gouvernement, aux organismes gouvernementaux, aux gouvernements locaux, de modifier les lois, etc.⁹⁸⁵ Le commissaire a fait quelques recommandations concernant l'amendement nécessaire de la législation afin de répondre à certaines questions qui émergent dans la pratique, par exemple, l'amendement de la Loi sur les contrats du travail qui interdirait les questions concernant le statut civil et les enfants du demandeur d'emploi, et la nécessité de modifier les pouvoirs du commissaire pour réaliser ses missions.

En outre, le Chancelier de la Justice a le pouvoir de promouvoir l'égalité et le principe de l'égalité de traitement. À cette fin, il a notamment les responsabilités suivantes : analyser l'influence de la mise en œuvre des actes juridiques sur les membres de la société et de soumettre des propositions au Parlement, au gouvernement, aux organismes d'État, aux gouvernements locaux et aux employeurs modifiant des actes juridiques. Cependant, dans la pratique, ces tâches sont interprétées en ligne avec les autres tâches de la Chancelier de la Justice, à savoir de surveiller la conformité des actes législatifs à la Constitution.

Ainsi, selon l'avis de l'experte⁹⁸⁶ d'Estonie, exposé dans le document de l'Union européenne sur la discrimination, deux aspects pourraient être traités afin de renforcer la protection juridique existant au niveau de l'UE. En premier lieu, la portée différente de protection contre les motifs interdits différents ne permet pas de lutter efficacement contre la discrimination. Il est difficile de trouver une justification de la discrimination fondée sur certains motifs interdits seulement dans le domaine de l'emploi. Les différentes normes de protection rendent également plus difficile l'application du principe de l'égalité de traitement dans les cas de discrimination multiple.

Par conséquent, la révision et la modification de la législation de l'Union européenne est nécessaire afin d'harmoniser la portée de la protection pour les différents motifs de discrimination. En outre, comme il est généralement reconnu que le concept de

⁹⁸⁵ Article 16 de la loi sur l'Égalité de traitement

⁹⁸⁶ ALBI ANNELI dans le document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de SCHIEK DAGMAR BURRI SUSANNE .

⁹⁸⁶ L'article 19 de la Constitution estonienne stipule que : « ...Tout citoyen est tenu de respecter et de tenir compte des droits et libertés d'autrui, et de respecter la loi, dans l'exercice de ses droits et libertés et dans l'accomplissement de ses fonctions. »

discrimination multiple a sa propre signification juridique et ses particularités, il serait utile de réglementer les aspects juridiques principaux de ce concept dans la législation. Cela rendrait le concept plus visible et améliorerait la clarté juridique dans ce domaine. Cela permettrait aussi aux personnes de faire respecter plus efficacement leur droit à l'égalité de traitement.

Aussi, la discrimination multiple n'est pas explicitement interdite ou définie dans la législation *finlandaise*. En outre, il semble n'exister aucune jurisprudence dans ce domaine.

Deux organismes pour l'égalité, le Médiateur pour l'égalité, qui surveille la mise en œuvre de la loi sur l'égalité entre les femmes et les hommes (609/1986), et le Médiateur pour les minorités, qui surveille la mise en œuvre de la loi sur la non-discrimination d'origine ethnique (21/2004), se sont consultés sur les problèmes qui se posent lorsque la discrimination sur le sexe et la discrimination sur l'origine ethnique sont impliquées. Dans la pratique, quand les affaires ne sont pas clairement orientées, ou si l'autorité concernée considère que le motif de la discrimination le plus fort n'est pas celui qu'elle a le pouvoir de traiter, les affaires sont transférées d'un organisme pour l'égalité à l'autre. Dans tous ces cas, la discrimination est traitée comme présentant une seule dimension, impliquant soit le sexe ou l'origine ethnique.

Il convient de mentionner l'affaire où le Conseil de la discrimination a imposé une amende avec sursis à la municipalité d'Enontekiö dans une affaire concernant la discrimination contre les personnes de la minorité Samis.⁹⁸⁷ Le Médiateur chargé de la protection des minorités a demandé au Conseil de décider si la municipalité avait organisé des services de garderie, de santé et d'éducation d'une manière qui viole la loi de non-discrimination et la loi sur la langue de Sami. Ainsi, cette affaire concernait plutôt le droit aux services dans une langue minoritaire, que l'origine ethnique en tant que telle. Le Conseil de la discrimination a considéré que le droit des enfants de la minorité Sami de bénéficier de services de garderie dans leur propre langue n'était pas égal à celui des enfants dont la langue maternelle était le finnois, et donc les enfants avaient été désavantagés sur la base de leur appartenance ethnique.

D'autre part, le Comité CEDAW a considéré le manque de services dans les langues utilisées par les minorités finnoises « anciennes » de la minorité de Samis et de Roms

⁹⁸⁷ Conseil de la discrimination, décision du 17 décembre 2008.

comme un cas de discrimination fondée sur le sexe⁹⁸⁸ car, en pratique, ce manque empêche les femmes (qui sont considérés comme les principaux conservateurs de la « langue maternelle ») d'accepter un emploi rémunéré. Cet aspect de l'affaire n'a pas été examiné par le Conseil de la discrimination.

En outre, le Médiateur des minorités a déjà examiné plusieurs cas de discrimination fondée sur l'origine ethnique, concernant les Roms. Une question récurrente portait sur les vêtements des femmes Roms. Tant dans l'emploi et dans l'accès aux services, la robe ethnique spécifique que les femmes Roms portent a joué un rôle à la discrimination alléguée. Le Médiateur des minorités a examiné les cas afin de voir dans quelle mesure ces cas pouvaient être considérés comme une discrimination multiple.

Dans le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple, l'expert⁹⁸⁹ finlandais explique qu'il peut être difficile de trouver un comparateur dans les affaires concernant plusieurs motifs prohibés. La définition de la discrimination directe en vertu de la loi sur l'égalité suppose une comparaison, étant donné que la discrimination directe est la suivante « 1) traiter les femmes différemment que les hommes, sur la base du sexe, ou 2) traiter différemment une personne en raison de la grossesse ou de l'accouchement. » Cependant, dans les affaires où la grossesse et l'accouchement étaient en question, le comparateur n'a pas été jugé nécessaire. Dans les travaux préparatoires à la modification de la loi de 2005, il a été clairement indiqué que la reconnaissance de la discrimination salariale ne nécessite pas toujours un comparateur concret qui aurait été mieux traité. Le comparateur n'est pas nécessaire pour prouver la discrimination dans d'autres conditions de travail.⁹⁹⁰

Selon l'expert de Finlande, une définition en droit communautaire, qui devrait être en mesure de faire face aux problèmes causés par le comparateur requis, aiderait probablement à renforcer le cadre de la protection juridique nationale.

⁹⁸⁸ Le dernier rapport de la Finlande a été présenté en 2008, voir le Comité des Nations unies sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Session 42^e : Finlande, 5^{ème} et 6^{ème} rapport combiné, le 9 juillet 2008. V. également, le Comité des Nations unies sur les droits culturels, économiques et sociaux, Examen des rapports présentés par les États parties en vertu des articles 16 et 17 de la Convention. Observation finales : Finlande, 38^e session, le 18 mai 2007, paragraphes 13, 14, 22 et 23, E / C.12 / CO / FIN / 5.

⁹⁸⁹ Kevät Nousiainen dans le document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de SCHIEK DAGMAR BURRI SUSANNE

⁹⁹⁰ Rapport d Comité 2002:9, 79, K. Ahtela et al. *Tasa-arvo ja yhdenvertaisuus*, Talentum Helsinki 2006, p. 120.

Ensuite, en tant que telle, la discrimination multiple n'est pas explicitement interdite en France et, jusqu'à présent, il n'y a pas eu de débat et d'articles dans des revues juridiques sur cette question, à tout le moins, pas parmi les avocats.

D'ailleurs, le législateur et le juge français ont longtemps manifesté des réticences à l'égard des concepts du droit communautaire, notamment à l'égard de celui de discrimination indirecte, ainsi que des méthodes d'établissement de la preuve y relatives (notamment la méthode dite statistique).^{991, 992} La Commission européenne avait reproché à la France l'absence de définition des discriminations directes et indirectes en matière d'emploi et de travail. La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 répond à ces critiques, malgré les résistances manifestées au Sénat. Pour certains, l'approche européenne des discriminations heurterait la conception française de l'égalité, fondée sur l'universalité de la règle de droit, et véhiculerait une vision communautariste de la société^{993, 994}.

Au fond, en France demeure assez prégnante la logique de l'égalité devant la loi qui se montre peu ouverte à une conception fondée sur la protection de groupes de population sociologiquement vulnérables (femmes, minorités ethniques, etc.) conduisant des organisations militantes à rechercher dans le droit des ressources pour l'action en faveur de ces catégories. Philippe Martin⁹⁹⁵ souligne que, du point de vue français, c'est-à-dire, en référence au modèle idéal de « l'égalité républicaine », la

⁹⁹¹ Méthode initiée par le juge communautaire, à propos des discriminations indirectes, notamment fondées sur le sexe (CJCE Jenkins/Kingsgate, 31 mars 1981, aff. C- 96/80 ; CJCE Bilka-Kaufhaus, 13 mai 1986, aff. ; 170/84). Pour la Cour, une discrimination indirecte est une mesure frappant de manière défavorable, dans les faits, un nombre « considérablement plus important de femmes que d'hommes ». Le juge national est invité à rechercher ce qui peut justifier la différence de traitement. La présomption ainsi établie est susceptible d'être combattue par l'employeur en arguant de « facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. » Les directives communautaires adoptées depuis lors sur le fondement de l'article 13 du Traité instituant la Communauté européenne ont pris quelques distances d'avec cette méthode : elles indiquent que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, « y compris sur la base de données statistiques. »

⁹⁹² M.-T. Lanquetin, « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Droit social* 2008, p. 778.

⁹⁹³ La résolution adoptée par le Sénat le 17 novembre 2008, à partir du Rapport Dini, in « Controverse. Égalité de traitement entre les personnes : une directive de trop ? », *Revue de Droit du Travail*, janvier 2009, p. 8. Pour une critique de cette affirmation, dans la même revue, S. Laulom, « Une opposition largement infondée au droit communautaire des discriminations », p. 12

⁹⁹⁴ Sur la différence d'approche culturelle, v. D. Lochak, « Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité », in *Égalité et Discriminations. États-Unis, Europe, France*, *Revue Droit et Cultures*, n° 49, 2005/1, pp. 15-20. Sur le changement de paradigme, en France, à partir des années 2000, v. E. Fassin, in *Discriminations. Pratiques, savoirs, politiques*. MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 587

⁹⁹⁵ MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 585

thématique de la discrimination multiple s'avère d'emblée suspecte, car potentiellement porteuse des valeurs du communautarisme à l'anglo-saxonne⁹⁹⁶. Selon le même auteur, le droit français ne se montre guère prêt à recevoir, ne serait-ce qu'au plan théorique, le concept de discrimination multiple⁹⁹⁷.

La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, et modifiant l'article L. 1132-1 du code du travail, interdit divers motifs de discrimination y compris l'origine, le sexe, l'orientation sexuelle, le mode de vie, l'âge, la situation familiale, la grossesse, les caractéristiques génétiques (réelles ou supposées), l'appartenance à une ethnie, à une nation ou à une race, les opinions politiques, les activités syndicales, les convictions religieuses, l'apparence physique, le nom, l'état de santé et le handicap. Cette liste de motifs de discrimination interdits est plus longue que celle prévue par les directives européennes. En outre, le principe général d'égalité dans les services publics garantit une égalité de traitement pour tous les motifs en matière de protection sociale, de biens et services et de logement.⁹⁹⁸

De plus, malgré l'existence de dispositions spécifiques relatives à certains motifs de discrimination, la législation antidiscriminatoire française n'établit pas de régime spécifique pour chaque motif et les mêmes principes sont applicables à toute forme de discrimination. Ainsi, la discrimination directe et indirecte est interdite et les sanctions spécifiques sont applicables à l'égard des actes discriminatoires. Aussi, l'organisme français pour l'égalité, le Défenseur des droits⁹⁹⁹, dispose de compétences générales dans le domaine de la discrimination et a la responsabilité de couvrir tous les motifs de discrimination et, donc, devrait être en mesure de lutter contre la discrimination multiple.

⁹⁹⁶ MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 587

⁹⁹⁷ MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 585

⁹⁹⁸ FREDMAN SANDRA, « Un double problème : la discrimination multiple et la législation de l'Union européenne », Revue du droit européen, édition n° 2, 2005, p.18., et le site http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/policy/aneval/legnet_en.htm

⁹⁹⁹ La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) a été supprimée par une loi adoptée le 15 mars 2011. Elle fusionne, au sein d'un **Défenseur des droits**, avec trois autres autorités administratives indépendantes, le médiateur de la République pour les litiges avec les services publics, le défenseur des enfants qui a pour objectif de faire appliquer la convention internationale des droits de l'enfant et la Commission de déontologie de la sécurité pour les manquements des autorités de police, douane, gendarmerie, etc.

La façon dont l'article L1132-1 du Code du travail est rédigé semble permettre de combiner les motifs de discrimination. Cependant, la législation française relative à la discrimination reste basée sur ce que les anglophones ont appelé 'the single axis approach', soit, la prise en compte d'un seul motif de discrimination.

Un examen des affaires traitées par la Cour de cassation révèle que l'approche la plus commune concernant les plaintes de discrimination est celle qui tend à se concentrer sur un seul motif. Ce choix semblerait justifié par des raisons pragmatiques. Les demandeurs mais aussi leurs avocats préfèrent en général se baser sur un seul motif de discrimination parce qu'il est plus facile à prouver ou parce qu'il est mieux connu des tribunaux. La sélection du motif de discrimination peut également être faite par le tribunal lui-même.

Un exemple illustrant la tendance de la Cour à se concentrer sur un seul motif est celui de l'interdiction du foulard islamique dans les lieux publics. Ce cas n'a pas été jugé par les tribunaux de France (ni d'Allemagne ni par la Cour européenne des droits de l'homme) comme une discrimination indirecte multiple fondée sur la religion, l'origine ethnique et le sexe. Au contraire, l'interdiction du foulard islamique est qualifiée par ces tribunaux comme une restriction injustifiée de la liberté de religion et aussi comme pratique patriarcale contraire au principe de l'égalité entre les sexes.¹⁰⁰⁰

Le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple¹⁰⁰¹ indique qu'entre les années 2001 et 2009, sur les 600 jugements relatifs à la discrimination seulement 6 arrêts ont pu faire référence à plus d'un motif de discrimination et 4 arrêts concernent le sexe et un autre motif de discrimination (l'activité syndicale ou la race).¹⁰⁰² Ces jugements ne sont pas considérés comme des cas « remarquables » de la Cour de cassation, car ils n'ont été ni publiés ni fait l'objet de commentaires juridiques. Ce sont des arrêts très courts, pas bien motivés et donc difficiles à analyser. Ainsi, ils

¹⁰⁰⁰ Cour de Cassation, affaire Baby-Loup, 25 juin 2014 N° de pourvoi: 13-28369

¹⁰⁰¹ Sylvaine Laulom dans le document « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR

¹⁰⁰² Cass. Soc. 4 juillet 2001, n° 99-45598, sur le sexe et l'activité syndicale ; Cass. Soc. 24 janvier 2007, n° 05-42054, sur le sexe et l'activité syndicale ; Cass. Soc. 11 avril 2008, n° 07-41099, sur le sexe et l'origine ; Cass. Soc. 28 octobre 2008, n° 07-41856, sur le sexe et l'activité syndicale.

ne pouvaient pas être analysés comme reconnaissant la discrimination multiple et il est impossible de tirer des conclusions générales concernant l'approche judiciaire de discrimination multiple. Ils indiquent simplement qu'il est possible de porter une affaire sur la base de plus d'un motif de discrimination et que les tribunaux sont capables de faire face à de telles revendications.

Dans le premier cas mentionné dans le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple, la Cour a traité les deux motifs déclarés séparément.¹⁰⁰³ Une travailleuse syndicaliste n'a pas eu la chance d'être évaluée pour une promotion, comme elle était en congé de maternité. La Cour a constaté une discrimination fondée sur le sexe, et plus précisément sur la grossesse. Mais la discrimination fondée sur le syndicalisme n'a pas été admise parce que la Cour d'appel n'a pas analysé si le changement des conditions de travail a été justifié par un but objectif. Dans les trois autres cas, les deux motifs, le sexe et la race ou le sexe et le syndicalisme, ont été traités séparément et aucune discrimination n'a été prouvée. Dans ces cas, une comparaison était faite entre la situation des femmes et la position des autres travailleurs pour conclure qu'il n'y avait pas de discrimination.

En outre, un autre cas semble intéressant, émanant d'une Cour d'appel. Une femme noire employée par la Régie des transports publics parisiens (RATP) a affirmé qu'elle avait subi une discrimination fondée sur le sexe et la race à la fois, dans le domaine de l'avancement et de l'accès à la formation professionnelle. Une comparaison avec la situation des autres travailleurs a clairement montré que la progression de sa carrière était arrêtée à un point particulier. Le groupe utilisé pour la comparaison a inclus des hommes et une femme. Ainsi, apparemment, elle avait le droit de se comparer à un groupe composé principalement d'hommes (hommes blancs) et une femme. Sur les faits, l'employeur a été incapable de fournir des raisons objectives justifiant la différence de traitement. Là encore, la Cour d'appel n'a pas abordé la question en examinant d'abord s'il y avait une discrimination fondée sur le sexe et deuxièmement s'il y avait une discrimination fondée sur la race. La Cour de cassation précise simplement que l'inégalité a été prouvée.¹⁰⁰⁴

En fait, à la lecture de ces décisions, l'on a l'impression que pour les tribunaux le motif de discrimination allégué n'est pas aussi important que la différence constatée

¹⁰⁰³ Cass. Soc. 28 octobre 2008, n° 07-41856, sur le sexe et l'activité syndicale.

¹⁰⁰⁴ Cass. Soc. 20 mars 2007, n° 02-42427.

entre le traitement d'un travailleur et d'autres travailleurs. La Cour de cassation précise simplement que l'inégalité a été prouvée. En lisant l'arrêt de la Cour de cassation, il est impossible de savoir sur quelles bases reposait l'origine de la réclamation. Cela révèle que la manière dont les décisions judiciaires sont rédigées cache parfois le fait que la discrimination multiple a été initialement alléguée. C'est le résultat de la spécificité du cadre juridique français sur la discrimination.

Cependant, il existe deux arrêts de la Cour d'appel de Paris où la discrimination multiple est reconnue. Le premier est celui du 29 janvier 2002.¹⁰⁰⁵ Dans cette affaire, une femme noire, employée à la RATP, a introduit un recours pour discrimination sur le lieu de travail en raison de son sexe et de sa race dans le déroulement de sa carrière et l'accès aux congés de formation. La Cour n'a pas remis en cause le groupe de comparateurs nommés par le demandeur, qui comprenait des hommes blancs et une femme blanche. Elle s'est plutôt concentrée sur la justification objective de la différence de traitement. L'employeur n'est pas parvenu à justifier de manière objective la différence de traitement.

Le second arrêt est celui rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 mars 2015¹⁰⁰⁶ et qui est assez rare en ce qu'il admet une discrimination fondée sur les différents critères du handicap, de l'état de santé, des activités syndicales, s'agissant d'une discrimination dans le déroulement de carrière. Il illustre aussi très bien le caractère très vague de certaines formes de discriminations dont le motif n'apparaît pas clairement et où la cour se contente d'indiquer que la discrimination provenait ici de « différents critères » cumulés.¹⁰⁰⁷

Ainsi, l'on pourrait considérer que les tribunaux français ne rencontrent pas de problème conceptuel lorsqu'ils traitent de la discrimination multiple comme un type spécifique de discrimination plutôt que comme une accumulation de différentes formes de discrimination. Cependant, le cadre juridique actuel, plutôt en ce qui concerne la preuve et la justification de la discrimination, est compatible avec la lutte contre la discrimination de forme additive mais non pas celle de la discrimination intersectionnelle.

¹⁰⁰⁵ Cour d'appel de Paris Audience publique du 29 janvier 2002, n° de RG: 2001/32582

¹⁰⁰⁶ Cour d'appel de Paris, 19 mars 2015, n° 12/10164, 12/10370.

¹⁰⁰⁷ DUMORTIER THOMAS, GUIOMARD FRÉDÉRIC, GRÜNDLER, ISMAËL OMARJEE TAITANA ET MARCTOUILLE « Chronique de droit des discriminations (octobre 2014-avril 2015) » Droit des discriminations, *La Revue des droits de l'homme*, juin 2015.

La législation *hongroise* possède un champ d'application pratiquement illimité, traitant tous les motifs de discrimination de façon égale dans tous les domaines.¹⁰⁰⁸ Ainsi, l'on peut dire que la reconnaissance de la discrimination multiple de nature additive est moins problématique, à tout le moins en théorie.

Cependant, la discrimination multiple, ou le même phénomène sous un autre nom, n'est pas explicitement interdite par les instruments juridiques prévus par la loi en Hongrie. Le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple¹⁰⁰⁹ explique que la base de données juridiques de la Hongrie comprend seulement un document réglementaire qui inclut la discrimination multiple : la Résolution parlementaire n° 10/2006 (16 février 2006) d'OGY sur le Programme national d'invalidité des années 2007 à 2013 contient dans son annexe une référence assez vague sur les femmes handicapées ou les personnes handicapées appartenant à des groupes ethniques minoritaires qui « pourraient être exposées à discriminations multiples. » Pour cette raison, le texte ajoute qu'un principe important du programme consiste en ce que les diverses mesures doivent être « conçues sur la base des besoins individuels. » Le peu d'informations disponibles sur la mise en œuvre de cette résolution parlementaire ne révèle pas si et comment ce « principe » a été mis en œuvre.

L'article 8 de la loi hongroise sur l'égalité interdit la discrimination fondée sur un certain nombre de motifs. Il énumère explicitement 19 motifs, tels que le sexe, l'origine ethnique et l'âge. Le programme national d'invalidité ci-dessus ajoute le 20^e motif comme « une autre situation, attribution ou condition (ci-après, ensemble : caractéristiques). Il s'agira de l'« autre motif » qui a été interprété de manière large. Avec plus de 20 motifs de discrimination, l'on pourrait penser que les cas où plus d'un motif sont impliqués se produisent fréquemment. Mais, une telle discrimination multiple n'a pas encore été reconnue dans la pratique juridique.

Ainsi, bien qu'il y ait eu de nombreux cas où une demande a été présentée sur les motifs multiples, dont le sexe était associé à un autre motif (l'âge et le sexe, la situation familiale et le sexe, l'origine ethnique et le sexe), il n'y a pas de décision connue, qu'il

¹⁰⁰⁸ FREDMAN SANDRA, « Un double problème : la discrimination multiple et la législation de l'Union européenne », Revue du droit européen, édition n° 2, 2005, p.18. et le site http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/policy/aneval/legnet_en.htm

¹⁰⁰⁹ Csilla Kollonay Lehoczy in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009.

s'agisse de décisions de quelque autorité administrative ou de tribunal, prévoyant explicitement la discrimination multiple. Toutefois, cela se produit fréquemment parce que la victime elle-même ne parvient pas à faire référence à tous les motifs. Par conséquent, la discrimination multiple ne pouvait être reflétée dans l'augmentation de sanctions ou d'octroi de dommages-intérêts.

En outre, bien que formellement la charge de la preuve de la discrimination repose sur le défendeur, cette règle n'est pas appliquée strictement et il suffit aux tribunaux ou aux autorités que le défendeur prouve plutôt une probabilité importante de non-discrimination que de prouver la non-discrimination de manière à exclure le contraire.

Par ailleurs, en ce qui concerne l'organisation pour l'égalité (l'ETA), elle hésite de juger la discrimination sur plus d'un motif et, dans la plupart des cas, elle n'a pas examiné si une discrimination fondée sur une combinaison du motif du sexe et d'un autre motif avait eu lieu. L'expert de Hongrie souligne que lorsque les deux motifs, le sexe et l'âge, sont soulevés dans une plainte, cette organisation accepte plus facilement la discrimination sur la base de l'âge. Dans un cas où une agence de voyages a refusé un emploi à trois femmes de plus de cinquante ans, les autorités ont conclu qu'il s'agissait d'un cas de discrimination fondée sur l'âge, ce qui fut également confirmé par le tribunal. La question du motif lié au sexe n'a pas été jugée, même si elle aurait pu jouer un rôle étant donné que les femmes de plus de 50 relevaient de la catégorie de l'âge « préretraite » qui est spécialement protégée par la loi en Hongrie.

Aussi, dans l'affaire 534/2006, un demandeur d'emploi a affirmé que la candidate a été rejetée en raison de son âge et son sexe. L'autorité pour l'égalité (ETA) a rejeté la demande sur les deux motifs parce que l'employeur a certifié qu'il avait près de trois fois plus d'employés de sexe féminin que masculin, et qu'il n'y avait pas eu de questions concernant l'âge dans le formulaire de demande d'emploi.

En outre, selon l'expert de Hongrie, la « discrimination composée » à l'encontre des femmes roms - qui sont non seulement victimes de discrimination fondée sur l'origine ethnique, ou seulement sur le sexe, en tant que femmes, mais sont plutôt à la fois victimes de discrimination fondée sur les deux motifs, en tant que « femmes roms » - est largement connue. Par exemple, les femmes roms victimes de violence domestique bénéficient de moins d'aide sociale que les autres femmes, parce que la violence est considérée comme « faisant partie de leur culture. » Ce type de discrimination est traité par les politiques dans des déclarations d'ordre général, mais n'est pas traité à l'aide de mesures concrètes.

L'expert hongrois conclut qu'il n'est pas étonnant que les autorités pour l'égalité ne disposent pas encore d'archives sur la discrimination multiple. Aucune information systématique n'est disponible sur la discrimination multiple en Hongrie. Il y a des déclarations, des projets, des programmes – affirmant, par exemple, l'importance de la découverte de faits sur la discrimination multiple - mais aucune étude ciblée n'a encore été rendue publique.¹⁰¹⁰

Aussi, la « discrimination multiple » n'est pas définie dans la législation **irlandaise**. La loi sur l'égalité de 1998 interdit la discrimination fondée sur neuf motifs distincts, à savoir le sexe, l'état civil, la situation de famille, l'orientation sexuelle, la religion, l'âge, le handicap, la race et l'appartenance à la communauté des gens du voyage.¹⁰¹¹ Cette loi a été structurée de manière à accorder plus d'importance au motif du sexe avec des dispositions générales interdisant la discrimination, mais aussi avec deux parties spécifiques : la section III, prévoyant des dispositions spécifiques relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes, et la section IV, stipulant des dispositions spécifiques relatives à l'égalité entre d'autres catégories de personnes.

La loi de 1998 a été modifiée par la loi sur l'égalité de 2000, la loi sur l'égalité de 2004, et la loi civile de 2008 (Miscellaneous Provisions Act)¹⁰¹² lesquelles ont transposé la directive 75/117/CEE, la directive 76/207/CEE du Conseil, la directive 97/80/CE, la directive 2000/43/CE, la directive 2000/78/CE et la directive 2002/73/CE. Ces lois sont appliquées uniquement à la discrimination en matière d'emploi, de formation professionnelle, d'accès à l'emploi, de salaires et de conditions d'emploi. En outre, les lois (Actes) sur les pensions de 1990 à 2004 interdisent la discrimination en matière d'accès au régime de retraite et les lois (Actes) sur l'égalité de 2000-2008 interdisent la discrimination en matière de fourniture de biens et services fondée sur les mêmes neuf motifs.

La législation irlandaise prévoit qu'une personne qui prétend avoir subi un traitement discriminatoire fondée sur un certain motif, elle doit comparer ce traitement discriminatoire avec le traitement d'une autre personne sur la base du même motif. Elle

¹⁰¹⁰ Csilla Kollonay Lehoczy in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR, Manuscrit achevé en juillet 2009

¹⁰¹¹ La communauté de personnes fréquemment nommée 'voyageurs' (à la fois par eux-mêmes et d'autres) qui sont identifiés comme des personnes ayant une histoire, une culture commune et les traditions dont, historiquement, un mode de vie nomade sur l'île d'Irlande.

¹⁰¹² Actes sur l'égalité au travail 1998 - 2008

ne prévoit pas le cas de la discrimination 'composée', où chaque motif s'ajoute à un autre motif. Chaque motif est une affaire distincte et les motifs ne peuvent pas être considérés collectivement. Ainsi, en cas de discrimination multiple, les divers motifs de discrimination sont considérés sur une base « motif par motif.¹⁰¹³ » Cette approche est appliquée depuis près de dix ans en Irlande.¹⁰¹⁴

Lorsque le demandeur saisit le Tribunal de l'égalité, il doit remplir un formulaire de réclamation (Formulaire EE.1) et, dans la partie 3 de ce formulaire, il doit choisir d'appuyer sa requête sur un des neuf motifs interdits ou sur tout autre motif. Ainsi, chaque motif de la plainte est étudié séparément et le demandeur doit avoir une preuve *prima facie* concernant chaque motif. S'il y a une discrimination présumée, le demandeur devra présenter d'abord une preuve *prima facie* de discrimination et ensuite la charge de la preuve se déplacera au défendeur.¹⁰¹⁵

Le tribunal n'examine pas le cas de discrimination sur un motif interdit sauf si le demandeur appuie sa demande sur ce motif. L'expert Irlandais¹⁰¹⁶ signale, dans le document sur la discrimination multiple de l'Union européenne, qu'inévitablement il peut y avoir des cas où l'une des parties n'est pas satisfaite de l'enquête ou de la décision du Tribunal de l'égalité ou du Tribunal du travail, mais cela n'influe pas sur la disposition législative conformément à laquelle chaque motif doit être considéré séparément.

En outre, si un demandeur potentiel souhaite intenter une action parce qu'il a subi une discrimination fondée sur le sexe, il peut déposer sa demande devant la Cour de l'égalité où le plafond maximum de l'indemnité est le salaire brut de deux ans ou bien il peut la déposer devant la Cour de circuit (Circuit Court) où il n'existe pas de plafond pour les dommages-intérêts en cas de discrimination.

¹⁰¹³ Frances Meenan in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?» EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR, Manuscrit achevé en juillet 2009.

¹⁰¹⁴ Par exemple, voir l'affaire Doyle Hôtel DEC-P2009 de Doyle v Jury - 001, où la question de l'accès aux régimes de retraite pour une employée de longue date à temps partiel a été examinée séparément sur le motif du sexe et sur le motif de l'âge. Il y avait eu antérieurement une interdiction aux employés à temps partiel de participer au programme.

¹⁰¹⁵ La section 85 A de la loi (Acte) 1998

¹⁰¹⁶ Frances Meenan in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?» EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009.

Toutefois, si le demandeur souhaite engager une procédure sur deux ou plusieurs motifs, le choix du lieu de procédure est plus problématique, parce que techniquement, il peut introduire un recours devant la Cour de Circuit (Circuit Court) en ce qui concerne le motif du sexe et devant le Tribunal de l'égalité en ce qui concerne le motif de l'âge. Cela peut entraîner la tenue de deux audiences différentes.

En pratique, lorsque le demandeur présente une réclamation sur le motif du sexe et sur un autre motif, il dépose sa demande devant le Tribunal de l'égalité, même il existe un plafond de deux ans lié au motif du sexe.

Bien sûr, cela se traduit par le renoncement du demandeur potentiel à son droit à au dédommagement supérieure qui est associé au motif du sexe. Le juge de la Cour de circuit (Circuit Court) peut éviter les procédures de deux audiences en adressant une question au Tribunal de l'égalité ce qui permet au Tribunal de l'égalité d'enquêter et de préparer un rapport pour la Cour de circuit.¹⁰¹⁷

Si l'issue de la procédure engagée par le demandeur sur deux ou plusieurs motifs de discrimination est positive, il existe le plafond du salaire brut de deux ans qui peut être accordé comme indemnisation par le Tribunal de l'égalité. Cette limite ne concerne pas les cas de violation de l'égalité de rémunération.¹⁰¹⁸ Cependant, si une affaire de discrimination sur le sexe est portée devant la Cour de circuit, ce plafond d'indemnisation n'est pas applicable.

Selon l'expert irlandais¹⁰¹⁹, au niveau national, l'application de la législation concernant les motifs multiples est relativement satisfaisante. Toutefois, des difficultés peuvent surgir à propos de la « discrimination intersectionnelle. » Aussi, l'expert irlandais note qu'une définition de la discrimination multiple ou de la « discrimination intersectionnelle » par une directive européenne serait utile, tout en précisant qu'une réclamation sur un certain nombre de motifs doit être étudiée comme un ensemble, comme un « motif composé. » De plus, la question de la réparation pour chaque motif de discrimination peut être prévue afin d'éviter les difficultés irlandaises sur cette question.

¹⁰¹⁷ La section 79 (4) de la loi (Acte) 1998

¹⁰¹⁸ La section 82 6 b de la loi (Acte) 1998

¹⁰¹⁹ Frances Meenan in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?» EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR, Manuscrit achevé en juillet 2009.

Après, la Constitution **d'Islande** ne traite pas de la notion de discrimination multiple. L'article 65 de la Constitution contient la base principale de la protection juridique contre les différentes formes de discrimination. Selon cette disposition, tout le monde est égal devant la loi et bénéficie des droits humains, sans distinction de sexe, de religion, d'opinion, d'origine ethnique, de race, de couleur, de fortune, d'origine familiale ou « toute autre situation. »

Selon le rapport explicatif accompagnant les amendements à la Constitution, la formulation « toute autre situation » constitue une référence à d'autres motifs de discrimination tels que l'état physique ou la santé. Il n'y a aucune indication que cette formulation était destinée à couvrir la discrimination fondée sur une combinaison de motifs, mais ceci ne peut être exclu.

En outre, l'expert islandais souligne dans le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple que le terme « discrimination multiple » est relativement nouveau. Il n'est pas un concept juridique ni un concept enraciné dans le discours juridique. Aucun cas concernant la discrimination multiple ou la discrimination sur l'intersection du motif du sexe avec d'autres motifs de discrimination n'a été porté devant le comité des plaintes sur l'égalité des sexes ou devant les tribunaux.¹⁰²⁰

Cependant, un groupe de travail créé par le ministre des affaires sociales a publié des recommandations sur la mise en œuvre de la directive européenne 2000/43 mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et de la directive européenne 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Ce groupe de travail a notamment suggéré que le Centre sur l'égalité des sexes devrait avoir un membre du personnel chargé d'offrir une aide objective à ceux qui ont été victimes de discrimination multiple.

En outre, le Centre sur l'égalité des sexes et d'autres organismes locaux ont demandé le financement du programme PROGRESS de l'UE dans le domaine de l'emploi et des affaires sociales pour les femmes migrantes. Il s'agit de la première activité du Centre sur la discrimination multiple.

¹⁰²⁰ Herdis Thorgeirsdottir in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, SCHIEK DAGMAR BURRI SUSANNE, 2009.

Selon l'expert islandais, une définition en droit de l'Union européenne n'est pas absolument nécessaire. Elle pourrait constituer une limitation ou restriction par rapport à la réalité complexe de la discrimination multiple, si l'objectif est de minimiser les obstacles législatifs créés par des lois antidiscriminatoires distincts. Selon lui, une reconceptualisation plus fondamentale de ce qui constitue la discrimination peut mieux servir l'objectif d'égalité. Il souligne que ce qui est nécessaire est une reconceptualisation plus fondamentale de ce que constitue une discrimination. La vulnérabilité des personnes face à la discrimination multiple est causée par l'instabilité de leur situation économique, sociale et même politique. Par conséquent, selon lui, il semble essentiel d'exposer les violations des droits humains des femmes vulnérables suite à de multiples formes de discrimination afin de promouvoir la réforme juridique.¹⁰²¹

La discrimination multiple n'est pas explicitement interdite par la législation en *Lettonie*. Aussi, l'expert de Lettonie rapporte¹⁰²², dans le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple, qu'il n'existe pas de jurisprudence où le concept de discrimination multiple aurait été reconnu comme tel. Cependant, il y a eu trois affaires relatives traitant de la discrimination fondée sur deux motifs dont l'une a été jugée par la juridiction nationale, une autre examinée par l'organe national pour l'égalité, tandis que la troisième fut examinée par la Cour constitutionnelle.

Dans le premier cas, la juridiction nationale a reconnu la discrimination fondée sur deux motifs séparés.¹⁰²³ Il s'agissait d'un cas où une femme, Mme Stūriņa, a été démise de ses fonctions de « chauffeur », parce que, selon la Cour, l'employeur (la municipalité) considérait que cette profession était une profession « masculine. »

En outre, la juridiction nationale a découvert qu'il y avait une autre raison pour laquelle une personne de sexe masculin avait été recrutée à la place de Mme Stūriņa : l'employeur avait considéré que son salaire était trop bas dans l'emploi qu'il occupait

¹⁰²¹ Herdis Thorgeirsdottir in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, SCHIEK DAGMAR BURRI SUSANNE, Manuscrit achevé en juillet 2009.

¹⁰²² Kristine Dupate in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR complete en juillet 2009.

¹⁰²³ La décision Cēsis par le « District Court » le 5 Julie 2005 dans l' affaire No. C 11019405.

précédemment. Le droit letton du travail prévoit expressément l'interdiction de la discrimination fondée sur l'état de la propriété. Sur cette base, la juridiction nationale a décidé que Mme Stūriņa avait été victime de discrimination sur deux motifs : le sexe et le statut de la propriété.

En outre, dans un autre cas, la discrimination multiple a été constatée par l'Organe national pour l'égalité (ombudsman). Cette affaire concernait le harcèlement sexuel et l'âge au cours d'une procédure de recrutement. Un homme d'âge moyen, a présenté une demande pour le poste de serveur dans une maison de repos. Au cours de l'entretien d'embauche, l'employeuse a annoncé qu'elle devait recruter « de jeunes filles, parce que les serveurs travaillant dans des maisons de repos doivent être très rapide et les clients veulent voir des jeunes filles comme serveurs. »

Lorsque l'affaire a été portée devant l'Ombudsman aux fins de l'enquête, l'on conclut qu'il s'agissait d'une affaire de discrimination multiple et l'on décida de porter l'affaire devant la juridiction nationale parce que l'organisme national pour l'égalité en Lettonie ne peut que faire des recommandations, juridiquement non contraignantes, mais il peut également représenter une personne devant les tribunaux, dans les cas de discrimination. Ensuite, les parties ont conclu à un accord amiable. Pour cette raison, aucune juridiction nationale n'a examiné s'il s'agissait de discrimination multiple composée ou intersectionnelle. Selon l'expert de Lettonie¹⁰²⁴ il semble que dans ce cas, la discrimination était intersectionnelle, bien que les statistiques en général ne présentent aucune preuve selon laquelle les hommes d'âge moyen subiraient un désavantage sur le marché du travail par rapport aux jeunes filles, bien au contraire.

Le troisième cas a été jugé par la Cour constitutionnelle de Lettonie et pourrait aussi être considéré comme concernant la discrimination multiple.¹⁰²⁵ En 2003, la Cour constitutionnelle a rendu un arrêt sur la compatibilité entre la loi sur le service public stipulant une limite d'âge dans le service public (de la retraite) et la Constitution lettonne, et sur la compatibilité entre la même disposition de loi sur les services publics

¹⁰²⁴ Kristine Dupate in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR complete en juillet 2009

¹⁰²⁵ La décision dans l'affaire n° 2003-12-01 'sur la conformité de l'article 41 (article 1, sous f) de la loi sur les services publics aux articles 91, 101 et 106 de la Constitution (Satversme) », disponible en anglais sur <http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/2003-12-01E.rtf>, dernière consultation le 20 avril de 2009.

et les pensions publiques, qui fixe des âges de départ à la retraite différents pour les hommes et les femmes, et la Constitution.

La demandeuse était une fonctionnaire qui avait été licenciée de la fonction publique à l'âge de 58 ans, car elle avait droit à la pension de vieillesse, alors que si elle avait été de sexe masculin, elle serait partie à la retraite quatre ans plus tard, à l'âge de 62 ans.

La Cour constitutionnelle a estimé, en premier lieu, que la limite d'âge pour les fonctionnaires est compatible avec la constitution à la condition que, dans chaque cas, la décision d'un chef d'établissement ou d'un ministre peut prolonger le service, et, deuxièmement, que la loi sur les pensions publiques en conjonction avec la loi sur les services publics n'est pas discriminatoire sur le sexe. Ceci est dû au fait que des âges différents de la retraite pour les hommes et les femmes sont prévus aux dispositions transitoires de la loi sur les pensions publiques, envisageant de progresser dans le sens de l'égalisation de l'âge de la retraite pour les deux sexes d'ici 2008, mais les normes actuelles de la loi sur les pensions de l'État assurent le même âge de la retraite. Par conséquent, il s'agissait d'un problème de bonne application de la loi, plutôt que d'une loi problématique en elle-même. La Cour a conclu que, dans le sens de la loi sur les services publics, l'égalité de l'âge de la retraite devait être appliqué tel que prévue par le texte de base de la loi sur les pensions publiques.

Dans tous ces cas, les motifs de discrimination ont été traités séparément. La raison en est simple : la législation lettone ne prévoit pas explicitement la notion de discrimination multiple et les connaissances des avocats lettons en matière de discrimination, en général, sont limitées parce que ce concept n'a été introduit que suite à la mise en œuvre du droit communautaire.

En tant que motif de discrimination, le sexe a été explicitement identifié dans les trois cas, mais l'on manque d'analyse sur la question de savoir si l'aspect du sexe est en lien ou a un impact sur l'autre motif de discrimination. En outre, le caractère multiple de la discrimination n'a pas entraîné plus de sanctions.

Dans les cas de discrimination intersectionnelle, le problème du comparateur adéquat est apparu en raison de l'absence d'une définition claire de celui-ci. Depuis, la loi lettone a adopté des définitions issues de directives de l'Union européenne contre la discrimination qui fixent des exigences en matière de comparateur et de comparabilité des situations de discrimination fondée sur plus d'un motif. Dans le dernier cas, par exemple, le tribunal a abordé les deux motifs de discrimination

séparément, en raison de l'absence d'une doctrine juridique relative aux comparateurs en matière de discrimination fondée sur plus d'un motif.

Selon Kristine Dupate,¹⁰²⁶ la définition de la discrimination multiple doit être incluse dans toute directive de l'UE contre la discrimination bien que des difficultés surgiront concernant la protection incohérente des domaines où la discrimination est interdite. Une définition de la discrimination multiple dans le droit de l'UE fournirait une base juridique pour le concept de droit letton.

Aussi, le droit *du Liechtenstein* ne comprend aucune interdiction explicite de discrimination multiple. Dans le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple, l'expert du Liechtenstein¹⁰²⁷ relève que, sur la base des informations fournies sur la page d'accueil des organismes pour l'égalité, il semble qu'aucune approche spécifique n'existe sur le traitement de la discrimination multiple. Les divers motifs sont traités séparément. Selon lui les organismes pour l'égalité devraient sensibiliser tous les acteurs impliqués sur la question de la discrimination multiple et devrait commencer à traiter les cas de discrimination multiple.

Puis, la législation *lituanienne* ne contient aucune définition de la discrimination multiple. Le 30 juin 2008, la Cour de première instance de Vilnius a publié sa décision dans un cas de discrimination contre une femme d'origine rom (affaire n° 2-1189-545/2008). Il s'agit du premier cas significatif où, le refus d'embaucher une personne pour des motifs discriminatoires ayant été prouvé, le tribunal devait appliquer la législation nationale en conformité avec la législation sur l'égalité et les directives de l'Union européenne.

Un employeur avait refusé d'embaucher une femme candidate au poste de la laveuse et a été condamné à lui verser le salaire minimum pour la période allant du jour du refus illégal d'embauche jusqu'au jour où elle serait effectivement employée par un

¹⁰²⁶ Kristine Dupate in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009.

¹⁰²⁶ Décision rendue dans l'affaire n° 2003-12-01 'sur la conformité de l'article 41 (article 1, sous f) de la loi sur les services publics avec les articles 91, 101 et 106 de la Constitution (Satversme)', disponible en anglais sur <http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/2003-12-01E.rtf>, dernière consultation le 20 avril de 2009.

¹⁰²⁷ Nicole Mathe in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR, Manuscrit achevé en juillet 2009.

autre employeur. Il fut également contraint de lui verser une indemnisation pour préjudice moral. La discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique a été prouvée, mais sans référence au sexe de la victime.

Cependant, il est encore difficile de savoir si la situation constituait un cas de discrimination multiple, puisque les candidats retenus étaient des femmes lituaniennes d'un âge similaire. Le Bureau de l'égalité des chances, qui est familier avec la notion de discrimination multiple, a activement participé à ce litige. En général, le phénomène de la discrimination multiple n'est même pas envisagé en raison du manque de connaissances et de compréhension de sa définition et, surtout, de sa manifestation.¹⁰²⁸

Dans le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple, l'expert de Lituanie observe que, sur le marché du travail, les femmes âgées sont moins compétitives que les hommes du même âge et il est plus difficile pour elles de trouver un emploi. Il en va de même pour les jeunes femmes, leurs options d'emploi et de carrière sont plus restreintes en raison d'une éventuelle future grossesse ou du congé parental. Cependant, aucune étude ni des cas particuliers n'ont été présentés.

Au Luxembourg, il n'y a aucune interdiction explicite de la discrimination multiple. Selon l'expert de Luxembourg¹⁰²⁹, dans le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple, celle-ci est un concept qui est rarement abordé au Luxembourg. Cependant, des actions sur la discrimination multiple sont régulièrement mises en place, principalement par des ONG qui tentent de sensibiliser sur ce sujet. Ainsi, ce concept est plutôt abordé du point de vue du sexe. Les problèmes rencontrés par des groupes spécifiques tels que les femmes handicapées ou les femmes migrantes ont, par exemple, été abordés dans des conférences au niveau national. Mais il n'y a pas d'enquêtes ou de publications spécifiques disponibles sur ce sujet.

Selon la loi, le Centre pour l'égalité de traitement peut mener des enquêtes sur la discrimination. La discrimination multiple pourrait être l'un de ses futurs domaines de recherche. Comme le corps de l'égalité nationale porte sur les six motifs de

¹⁰²⁸ Tomas Davulis in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR, Manuscrit complété en juillet 2009

¹⁰²⁹ Anik Raskin in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR, Manuscrit achevé en juillet 2009

discrimination protégés par le droit de l'Union européenne, il semble que ce soit la forme idéale pour lutter contre la discrimination multiple. En outre, une disposition légale consistant à obliger l'organisme pour l'égalité de fournir des chiffres sur la discrimination multiple pourrait être utile.

Anik Raskin¹⁰³⁰ note qu'un renforcement supplémentaire de la législation sur la discrimination multiple pourrait accroître la confusion et risquer d'augmenter le manque de motivation aux procédures au Luxembourg. Elle relève également que, les juridictions n'étant pas familiarisées avec la loi antidiscriminatoire, introduire une législation spécifique sur la discrimination multiple pourrait se traduire par un renforcement de la hiérarchie des motifs. Ainsi, le renforcement de la législation sur la discrimination multiple pourrait intensifier la tendance qui existe de relayer le motif du sexe au rang de motif secondaire de discrimination, en ajoutant un premier motif qui pourrait être perçu comme plus important.

Plus précisément, au niveau national, l'égalité des sexes semble avoir été affaiblie au cours des dernières années. Mettre l'accent sur la discrimination multiple en tant que disposition légale pourrait même amplifier cette tendance, parce que cela aurait pour effet que l'inégalité entre les femmes et les hommes peut être perçue comme étant « insuffisante » pour identifier une certaine situation comme relevant de la discrimination. Selon Anik Raskin¹⁰³¹ avant de donner une définition en droit communautaire, les parties concernées doivent être conscientes du concept afin d'éviter des interprétations improductives.

À *Malte*, la discrimination multiple n'est pas définie ni explicitement interdite par quelque loi antidiscriminatoire. Il est clair que la discrimination fondée sur un des motifs visés dans tout projet de loi¹⁰³² interdisant la discrimination fondée sur plus d'un motif, est interdite, et que cette législation utilise souvent le cumulatif « et » plutôt que l'alternative « ou ».

¹⁰³⁰ Anik Raskin in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009

¹⁰³¹ Anik Raskin in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009

¹⁰³² Par exemple, la règle 1 de l'égalité de traitement dans l'emploi des règlements 2004, Avis juridique 461 de 2004, dans sa version modifiée.

Cependant, l'on peut déduire des dispositions législatives ultérieures ou de l'absence de dispositions spécifiques que les motifs doivent être examinés (par une plainte ou une réclamation) séparément. Cette interprétation est étayée par le fait qu'une grande partie de la législation a été adoptée pour mettre en œuvre le droit communautaire correspondant qui est formulée de manière à prendre en compte un motif spécifique à la fois. Mais, d'un autre côté, il n'existe aucun principe juridique qui empêcherait une personne de réclamer contre une discrimination fondée sur plusieurs motifs différents.

Malte ne dispose pas d'un organe unique compétent en matière d'égalité. Ceci implique que les motifs différents relèvent de la compétence d'organes différents. Le problème clé réside en ce que la répartition des fonctions entre les différents organes pour l'égalité ne permet pas d'aborder un cas de discrimination multiple, en l'absence de liaison entre eux qui ne peut sans doute exister sans une restructuration du système dans le sens de la création d'un organe unique pour l'égalité¹⁰³³.

Selon l'expert de Malte¹⁰³⁴ dans le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple, le droit communautaire doit mentionner et interdire clairement la discrimination multiple dans tous les contextes. Il serait essentiel d'assurer l'application d'une définition commune de la discrimination multiple, bien que beaucoup d'attention doive être accordée à l'essence de la définition. Selon lui, les dispositions, dont le contenu devrait découler de l'analyse complète de la nature du phénomène, doivent être claires sur les questions de la preuve et de la sanction. La question de la peine doit être formulée autrement que par le biais d'une approche des « éléments-motifs de discrimination aggravés », voire même autrement que par une approche cumulative. En effet, une autre approche, l'approche « intersectionnelle », serait indiquée.

¹⁰³³ Peter G. Xuereb in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009

¹⁰³⁴ Peter G. Xuereb in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009

En Norvège, la discrimination multiple n'est pas explicitement interdite par la législation ou les instruments juridiques prévus par la loi dans le domaine de la lutte contre la discrimination.

L'affaire n° 1/2008 est le premier cas où le Tribunal de l'égalité a reconnu la discrimination multiple liée au sexe. Deux femmes d'origine asiatique sont entrées dans un hôtel du centre-ville d'Oslo et ont demandé une chambre pour la nuit. Lorsque le réceptionniste a constaté que l'adresse du domicile des femmes était dans la région d'Oslo, il a demandé à ces femmes pourquoi elles ne vont pas passer la nuit à leur maison. Ensuite, il a refusé de donner une chambre à ces femmes. L'hôtel avait publié des directives écrites permettant au personnel de refuser l'accès à des personnes domiciliées à Oslo et sa banlieue. Les femmes ont demandé une explication des raisons pour lesquelles l'hôtel leur refusait une chambre. Le réceptionniste les a informées sur les lignes directrices de l'hôtel, en expliquant que la raison en était que les clients vivant à Oslo et sa banlieue pourraient être des prostituées ou des toxicomanes qui veulent avoir accès à l'hôtel afin de provoquer des ennuis.

Le Tribunal a évalué le cas sur la base de l'article 3 de la loi sur l'égalité des sexes et l'article 4 de la loi contre la discrimination. Le Tribunal a constaté des circonstances donnant lieu à penser que l'hôtel avait adopté une approche négative du sexe des femmes et de leur ethnicité quand elles se sont vu refuser une chambre d'hôtel. Ainsi, le Tribunal a renvoyé à une autre clause des lignes directrices qui, elle, permettait aux membres du personnel d'offrir une chambre aux clients dont l'adresse de résidence se trouvait à Oslo et sa banlieue.

Une évaluation concrète a donc été faite dans chaque cas individuel. Les femmes n'avaient pas de bagages mais uniquement des sacs de courses, quand elles sont arrivées à l'hôtel. Elles ont expliqué qu'elles étaient habillées décentement, ne portaient pas de maquillage, et qu'elles n'étaient pas en état d'ébriété. En outre, le Tribunal s'est penché sur l'observation du réceptionniste à propos de prostituées et de toxicomanes. Cette explication des lignes directrices avait été donnée en dépit du fait que rien n'indiquait que les deux femmes pouvaient être liées aux groupes dangereux contre lequel l'hôtel voulait se protéger au moyen de ces lignes directrices.¹⁰³⁵

¹⁰³⁵ Oslo Equality Tribunal B contre Thon Hotel Opera (1/2008) Deux jeunes filles d'origine asiatique ont été refusées dans un hôtel situé au centre d'Oslo (elles étaient suspectées d'être toxicomanes et prostituées, dans la mesure où l'une d'entre elles avait une adresse en ville et pas de bagages) Constatation d'une discrimination multiple (sexe et origine). La politique de l'hôtel a été jugée

La charge de la preuve incombait à l'hôtel, conformément à l'article 16 de la loi sur l'égalité des sexes et à l'article 10 de la loi contre la discrimination. L'hôtel a été incapable de prouver que des circonstances autres que le sexe et l'origine ethnique se trouvaient derrière le refus d'accorder une chambre aux deux femmes. Outre une référence générale au fait que les lignes directrices permettent au personnel de l'hôtel de refuser le séjour aux personnes domiciliées à Oslo et sa banlieue, l'hôtel n'a proposé aucune explication des raisons pour lesquelles le réceptionniste a estimé qu'il était nécessaire de faire usage de la possibilité de refuser l'accès, dans ce cas. Le réceptionniste savait que la discrétion pouvait être de mise. Le Tribunal de l'égalité a constaté qu'il s'agissait d'un cas de discrimination sur les deux motifs et qu'ont été violés à la fois l'article 3 de la loi n° 45 sur l'égalité des sexes du 9 juin 1978 et la section 4 de la loi n° 33 du 3 juin 2005 sur la discrimination.^{1036, 1037} Cependant, le Tribunal n'avait pas compétence pour accorder des dommages-intérêts, dont le montant aurait pu être le seul avantage concret de la reconnaissance d'un tel cas de discrimination intersectionnelle¹⁰³⁸.

L'affaire n° 8/2008 était le deuxième cas où le Tribunal a spécifiquement traité d'un cas de discrimination multiple. Une municipalité a opéré une discrimination fondée l'âge et le sexe dans le cadre de la nomination d'une personne à un poste de pompier. Le Tribunal a conclu que l'âge et le sexe, chacun pris séparément, avaient été assortis d'un poids négatif au cours de la procédure de demande et d'embauche d'une femme pompière. Le Tribunal a évalué le cas à la fois à la lumière de la loi sur l'égalité (Sections 3 et 4) et du droit du travail. Le caractère multiple de la discrimination n'a pas été reflété dans des sanctions ou dommages-intérêts plus élevés.

En Norvège, les organismes d'égalité sont chargés de l'application de toutes les interdictions de discrimination sans distinction de sexe, d'origine ethnique, de langue, de la nationalité, de handicap, d'orientation sexuelle et de religion. Toutefois, la

discriminatoire ; GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

¹⁰³⁶ Le texte intégral en anglais peut être consultée sur <http://www.diskrimineringsnemnda.no/sites/d/diskrimineringsnemnda.no/files/62958820.doc>, consulté le 20 avril de 2009.

¹⁰³⁷ N° 1/2008, available at <http://www.diskrimineringsnemnda.no/sites/d/diskrimineringsnemnda.no/files/62958820.doc>, accessed 15 April 2009. On case law of the Norwegian Equality Tribunal regarding the hijab see Skjeie (2009:303-5).

¹⁰³⁸ SCHIEK DAGMAR BURRI SUSANNE, « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, Manuscrit achevé en juillet 2009.

possibilité d'une violation par plusieurs motifs en même temps n'a pas été soulignée par les organismes pour l'égalité. Un débat du Médiateur (ombudsman) concernait la question de savoir si le voile islamique devait être autorisé en tant que partie intégrante de l'uniforme de la police norvégienne. Le débat tend à se concentrer tout simplement sur la question de la liberté de religion et pas autant sur les stéréotypes de genre et la liberté de l'individu. Le Médiateur doit adopter une approche prudente face au problème complexe consistant à accorder un poids spécifique aux différentes valeurs, y compris les femmes qui sont contraintes de porter le voile en raison de pressions internes dans les différentes communautés.

Aussi, le concept de discrimination multiple n'est pas explicitement prévu dans la législation néerlandaise en matière de traitement égal. Bien que la loi générale sur l'égalité de traitement¹⁰³⁹ contienne une liste exhaustive des motifs de non-discrimination, la combinaison de motifs n'est pas exclue. En outre, la possibilité de discrimination fondée sur une combinaison de motifs semble faire partie des objectifs du législateur néerlandais¹⁰⁴⁰.

La Commission sur l'égalité de traitement (l'organisme national pour l'égalité «ETC») a accepté une approche intersectionnelle dans un seul cas¹⁰⁴¹, où les motifs du handicap et de la race se croisent, reconnaissant l'effet combiné. La Commission n'a pas appliqué d'autres normes d'examen concernant la question de savoir si les faits de la cause ont violé le principe d'égalité de traitement.

Ensuite, la Commission a montré sa volonté d'appliquer différents motifs de discrimination collectivement dans certains autres cas¹⁰⁴², mais les demandeurs ont échoué à prouver l'effet combiné de l'intersection de ces motifs dans ces affaires. Par exemple, dans le cas cité dans l'avis sous n° 2007-40¹⁰⁴³, où une femme Dominicaine

¹⁰³⁹ Algemene Wet Gelijke Behandeling, ci-après 'GETA'

¹⁰⁴⁰ Rokki Holtmaat in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009

¹⁰⁴¹ ETC Avis 2006-256 (plainte d'une femme turque aveugle contre une agence d'emploi pour ne pas être soumise à un examen approprié); accessible en néerlandais sur <http://www.cgb.nl/opinionfull.php?id=453056545> (consulté le 13 mai 2009).

¹⁰⁴² ETC Opinion 2006-67 (plainte d'un père divorcé contre un hôpital pour ne pas fournir d'informations adéquates à propos de son fils; il a allégué que plus d'un motif se croisent : le sexe et l'état civil ; présomption Nottingham motivée, aucune violation), ETC Opinion 2007-40 (plainte d'une femme nettoyant à propos de licenciement et de harcèlement (sexuel); elle a allégué que plus d'un motif se croisent : le sexe et la race ; présomption non fondée, aucune violation) ; accessible en néerlandais <http://www.cgb.nl/opinion.php?id=453055819>, (site consulté le 13 mai 2009).

¹⁰⁴³ ETC Opinion 2007-40

s'est plainte d'avoir été victime de harcèlement sexuel et de la discrimination ethnique, la Commission de l'égalité de traitement néerlandaise n'a pas hésité à considérer le harcèlement sexuel et la discrimination ethnique comme un cas de discrimination intersectionnelle. Ainsi, la Commission a indiqué l'unité de la réclamation. Cependant, dans ce cas, le harcèlement n'a pas été prouvé.

La discrimination multiple n'est pas définie en tant que telle dans la législation *portugaise*. Dans le Code du travail¹⁰⁴⁴, où les questions de discrimination sont abordées d'une manière générale et globale, plusieurs motifs de discrimination sont énumérés (la discrimination fondée sur l'association, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état civil, la situation économique, l'origine ou la condition sociale, les caractéristiques génétiques, la race, l'origine ethnique, l'âge, le handicap, les compétences réduites de travail, les convictions politiques ou idéologiques, l'affiliation syndicale, de langue ou de la religion)¹⁰⁴⁵, de sorte que le cas où certains de ces motifs soient combinés dans une situation particulière et considérés en interaction n'est pas exclu. Cependant, la loi ne développe pas le concept de discrimination multiple en tant que telle et l'interdiction de la discrimination multiple ne découle qu'indirectement de l'interdiction générale de toute forme de discrimination qui est explicite dans la loi (article 24, n° 1 du Code du travail).

Selon l'experte portugaise¹⁰⁴⁶, citée dans le document de l'Union européenne, l'importance du rôle des organismes pour l'égalité pourrait être de diffuser des informations sur ce sujet à plusieurs niveaux (syndicats, entreprises, salariés, services d'inspection du travail et grand public) et de mener des enquêtes dans ce domaine, afin rendre cette question plus visible, puisque même le concept de la discrimination multiple est encore relativement inconnu au Portugal. Elle relève également qu'il est important de développer une approche claire de la notion de discrimination multiple, principalement dans le but de rendre plus visible la pratique de la discrimination fondée sur le sexe en intersection avec d'autres motifs de discrimination, parce qu'ils peuvent être mal compris (voire, ignorés) quand ils sont perçus séparément. Selon elle, une

¹⁰⁴⁴ Le code du travail a été approuvé par la loi n° 7/2009, le 12 Février 2009

¹⁰⁴⁵ L'article 24, n° 1, du Code du travail.

¹⁰⁴⁶ Maria do Rosario Palma Ramalho, in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009

définition de la discrimination multiple au niveau de l'Union européenne permettrait aux États membres de développer une approche intégrée en ce qui concerne les questions de discrimination au niveau national.

Il n'existe pas de législation définissant explicitement le terme de discrimination multiple. La loi sur la lutte contre la discrimination (*Antidiskriminačný zákon*) cite les différents motifs de discrimination, mais n'exclut pas l'application de la définition dans les cas où plusieurs motifs sont accumulés. Pendant la préparation de l'amendement de la loi contre la discrimination de 2008, le représentant d'ONG a proposé que la définition explicite de la discrimination multiple soit incluse dans la loi modifiée, mais le gouvernement a rejeté cette proposition.

La majorité des décisions de justice porte sur des cas impliquant une discrimination sur le motif de race, en particulier dans le domaine de la prestation de services et de l'accès à l'emploi.

Selon l'experte de Slovaquie¹⁰⁴⁷, l'association de citoyens *Poradna*, qui se spécialise dans les litiges et a représenté les clients dans plusieurs cas de ce type, se concentre toujours de manière stratégique sur un des motifs, parce que cela implique une plus grande probabilité de succès. Une autre raison est l'effort d'économie des procédures, ainsi que le fait que les tribunaux sont « plus enclins » à se prononcer sur la discrimination raciale qu'à la discrimination fondée sur le sexe.

La mise en œuvre de la législation antidiscriminatoire pose encore certains problèmes majeurs aux tribunaux mais il y a des organisations, en particulier les organisations non-gouvernementales, qui offrent une formation spéciale consacrée à la législation antidiscriminatoire pour les avocats, y compris les juges.¹⁰⁴⁸

Les amendements de la loi antidiscriminatoire ont étendu les missions du Centre national Slovaque des droits de l'homme à l'élaboration et la publication des rapports et des recommandations sur les questions liées à la discrimination, non seulement dans

¹⁰⁴⁷ Zuzana Magurova, in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009.

¹⁰⁴⁸ Zuzana Magurova, in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009.

les cas de discrimination raciale, mais également dans ceux de discrimination sexuelle. En dépit de cela, les activités du Centre sont toujours caractérisées par plusieurs insuffisances qui constituent un obstacle à une protection plus efficace des droits de l'homme et de l'application de l'égalité des sexes.

Aussi, la discrimination multiple n'est pas explicitement interdite dans la législation réglementaire *slovène*. En 2005, deux réclamations concernant la discrimination fondée sur plus d'un motif ont été soumises à l'Avocat du principe d'égalité, qui travaille au sein de l'Agence pour l'égalité des chances.

Dans le premier cas, une femme membre d'une minorité rom a réclamé avoir subi une discrimination fondée sur le sexe conjointement à une discrimination fondée sur l'origine ethnique. La requérante, ignorant ses droits, avait signé un accord avec son concubin après la fin de leur relation sur la garde conjointe de leur fille. Par la suite, elle a découvert la conséquence de leur accord et a initié un procès et une demande d'injonction pour la garde exclusive de leur enfant. En outre, elle a déposé une requête auprès de l'Avocat du principe d'égalité. L'Avocat du principe d'égalité n'a pas statué dans ce cas, parce que la requérante n'a pas coopéré avec lui et, par conséquent, n'a pas été entendue par lui. Le tribunal a statué en faveur de son ex-compagnon.

Dans le second cas, la requérante était une femme handicapée, membre de la minorité allemande, qui a affirmé avoir été victime de discrimination fondée sur le sexe, le handicap et l'origine ethnique, de nombreuses années auparavant. Malheureusement, l'Avocat du principe d'égalité n'a pas tenu compte ou statué dans ce cas non plus, parce que la requête n'a pas été présentée en temps utile.

L'Agence pour l'égalité des chances couvre de multiples motifs de discrimination (le sexe, la nationalité, l'origine raciale ou ethnique, les convictions religieuses ou d'autres, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle). La discrimination multiple n'étant pas explicitement définie dans la législation slovène, l'Agence focalise principalement sur les motifs individuels et n'a pas présenté de stratégie pour lutter contre la discrimination multiple.¹⁰⁴⁹ Cependant, il semble qu'elle ait conscience du problème et le reconnaît dans certains projets, brochures, enquêtes (au sujet de la violence contre

¹⁰⁴⁹ Tanja Koderman Server in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009.

les personnes handicapées) et dans ses rapports annuels sur le traitement discriminatoire fondé sur de multiples motifs.

La discrimination multiple n'est pas aussi définie dans la législation *tchèque*. Il s'agit d'un concept totalement inconnu dans la législation tchèque ainsi que dans la pratique juridique tchèque. En effet, aucun cas de discrimination multiple n'est enregistré ni devant un tribunal, ni devant un organisme pour l'égalité. En fait, il n'existe pas d'organe effectif de l'égalité en République tchèque. Selon la loi contre la discrimination cet organe devrait être le médiateur tchèque.¹⁰⁵⁰

Cependant, cette institution ne semble pas prête à développer de nouvelles approches juridiques ou théoriques. On peut le conclure à partir de quelques cas concrets de discrimination multiple à l'égard des femmes roms. Le médiateur tchèque a déjà traité quelques cas de stérilisation forcée de femmes roms. Ces cas, cependant, ont été considérés comme une violation inacceptable des droits fondamentaux de ces femmes à la vie de famille et comme un traitement médicalement approprié seulement sous la condition du consentement libre et informé. Ainsi, le médiateur tchèque ne mentionne dans aucun de ses documents l'aspect de la discrimination multiple et l'intersection du sexe et de la race. Aussi, les quelques cas qui ont émergé et sur lesquels les tribunaux tchèques ont statué concernant cette question ont été abordés uniquement du point de vue de la rupture des règles de traitement médical et de la rupture du droit d'une femme à donner son consentement libre et informé avant d'être stérilisée. La discrimination ou la discrimination multiple n'est pas mentionnée dans les décisions disponibles.

Les stérilisations forcées sont effectuées seulement sur les femmes roms et seulement sur les femmes, bien que la stérilisation des hommes ait le même effet. La discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique et discrimination fondée sur le sexe peuvent donc être identifiées. En outre, dans ces cas précis, la discrimination est double. Tout d'abord, au moment de la stérilisation, les femmes sont victimes de discrimination par la majorité de la société, représentée par le personnel médical. Deuxièmement, les femmes roms sont victimes de discrimination dans leur propre

¹⁰⁵⁰ Kristina Koldinska in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009.

milieu. La société rom est très traditionnelle et patriarcale, et une femme qui ne peut plus avoir d'enfants se retrouve automatiquement reléguée à une position très faible au sein de sa propre communauté.

En République tchèque, l'organisme pour l'égalité ne joue aucun rôle dans la lutte contre la discrimination multiple. D'autre part, il pourrait être d'une aide précieuse dans le lancement du débat sur la discrimination multiple, comme, par exemple, la question de la discrimination forcée des femmes roms pourrait être un bon début pour une telle discussion juridique. L'experte tchèque¹⁰⁵¹ souligne dans le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple qu'il serait utile de renforcer, au niveau de l'UE, l'approche juridique visant à combattre la discrimination multiple, ce qui serait particulièrement utile du point de vue tchèque. L'experte tchèque affirme également qu'une définition juridique du droit communautaire et une obligation d'introduire ce concept dans la législation nationale en interdisant une telle discrimination est le seul moyen possible d'introduire les discriminations multiples dans le système juridique tchèque et de commencer à réfléchir à ce sujet dans la pratique et de pénaliser.

La Suède ne dispose pas de règle explicite sur l'interdiction de la discrimination multiple. L'Acte suédois contre la discrimination (2008:567) contient les interdictions sur la discrimination au Chapitre 2. Elles sont organisées par domaine (emploi, éducation, etc.), mais il n'y a pas référence expresse aux différents motifs de discrimination ou à la discrimination multiple. L'on pourrait être dit que sa conception représente une « approche intégrée tacite.¹⁰⁵² »

Toutefois, l'interdiction couvre le traitement différencié « lié à » tout motif visé par l'Acte, énuméré au Chapitre 1, Section 1. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de justifier la discrimination par un motif spécifique. En revanche, un traitement différencié peut parfaitement être lié, en même temps, à divers motifs et, partant, constituer une discrimination multiple. Dans les travaux préparatoires de l'Acte suédois sur la discrimination (2008:567) il y avait une mention spéciale d'une approche individuelle en tant que plus adéquate pour les cas de discrimination multiple.¹⁰⁵³

¹⁰⁵¹ Kristina Koldinska

¹⁰⁵² Ann Numhauser-Henning in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR ; Manuscrit achevé en juillet 2009.

¹⁰⁵³ Government Bill 2007/08: 95, p. 85

Dans l'affaire n° 63 de 2003 du Tribunal du travail, une femme qui, pour des raisons religieuses portait un voile, a fait une demande d'emploi dans une entreprise faisant la démonstration de produits alimentaires dans les magasins d'alimentation. Lors d'une communication téléphonique entre la femme et l'entreprise, il n'a pas été dit ou demandé de quelle religion la femme était ou si elle portait un voile. Les parties ont convenu de se rencontrer le lendemain. À cette occasion, la représentante de la compagnie a expliqué que la femme ne peut pas porter de voile lors de la démonstration des produits alimentaires, parce qu'elle sera censée être le « visage de la société dans le contact avec ses clients. » La représentante a également dit qu'il faudrait encore une centaine d'années avant que les gens acceptent ce genre de vêtements en public. Elle a également assuré la femme qu'elle-même n'a rien contre les gens d'autres régions du monde ou contre les autres religions.

L'affaire a été portée devant les tribunaux par le Médiateur de la discrimination ethnique (DO), et l'allégation de discrimination a été fondée à la fois sur le motif de l'ethnicité et sur celui du sexe. Cependant, la requérante a prétendu que la politique de l'entreprise en matière d'uniforme constituait une discrimination indirecte sur le sexe au détriment des femmes musulmanes. Étant donné qu'aucun poste n'était en question, il n'a pas été prouvé qu'une telle politique se trouvait à la base des décisions de l'employeur. Ainsi, le tribunal du travail a conclu dans sa décision que les actions de la société ne sont pas discriminatoires parce que la procédure d'embauche a pris fin le jour avant la rencontre entre la représentante et la femme, lorsque la société a employé une autre personne qui avait de meilleures compétences.

Cependant, si le poste n'avait pas été pourvu, lorsque la réunion a eu lieu, cela aurait été un cas où l'allégation de la discrimination sur le sexe aurait dû être ajoutée à celle de la discrimination ethnique ou religieuse. Les femmes musulmanes sont particulièrement exposées à un traitement préjudiciable, non seulement à cause de leur origine ethnique ou de leur religion, mais aussi pour des raisons de code vestimentaire, dans ce cas considéré comme constituant une discrimination indirecte entre les sexes.¹⁰⁵⁴

¹⁰⁵⁴ Ann Numhauser-Henning in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009.

Cette affaire posa également une question particulière : celle de savoir si le Médiateur de la discrimination ethnique (DO) avait la compétence de porter une affaire devant les tribunaux, non seulement sur la base de la discrimination ethnique (loi de 1999) mais aussi sur la base de la loi sur l'égalité des chances (loi de 1991). Le tribunal du travail a répondu par l'affirmative, en se référant aux compétences largement élaborées du Médiateur (« Quand il intente une action au nom d'un individu sur la base de la présente loi, il peut également, dans la même procédure, intenter une autre action en tant que représentant de cette personne ») et aux déclarations contenues dans les travaux préparatoires et concernant une telle situation qui nécessiterait la coordination avec (dans ce cas) le Médiateur de l'égalité des chances.¹⁰⁵⁵ Le Tribunal du travail n'a pas non plus trouvé inacceptable que la discrimination fondée sur le sexe n'a été alléguée, outre celle fondée sur l'origine ethnique, qu'à un stade ultérieur de la procédure et non pas au début, puisque les deux plaintes pour discrimination renvoyaient aux mêmes circonstances factuelles.

En outre, l'arrêt n° 96 de 2006 de la Cour du travail concernait une femme bosniaque à laquelle il a été refusé un emploi dans une prison suédoise (häkte). Un homme suédois a été embauché à ce poste. L'affaire a été portée devant les tribunaux par le syndicat de la victime présumée et la discrimination sur l'origine ethnique et sur le sexe a été alléguée. Cependant, le Tribunal du travail a statué à l'absence de toute discrimination, car une allégation *prima facie* de discrimination ne pouvait pas être prouvée : il n'a pas été prouvé que la femme était mieux qualifiée que l'homme qui a obtenu le poste et ils n'étaient donc pas dans une situation comparable. L'affaire a été perdue.

Outre la loi sur la discrimination de 2008 (et les différents actes antérieurs sur la discrimination qu'elle a remplacés), il y a également une interdiction de traitement préjudiciable dans l'Acte sur le congé parental (1995:584). Cette interdiction a été introduite en 2006. On peut faire valoir que cette interdiction constitue une interdiction de la discrimination des parents de jeunes enfants, bien que la loi en tant que telle utilise le concept de traitement défavorable et non celui de discrimination.

Depuis l'introduction de cette interdiction, il y a eu des affaires connues pour alléguer tant la discrimination fondée sur le sexe, conformément à la loi 1991 sur l'égalité des chances (à compter du 1^{er} Janvier 2009, la loi sur la discrimination de 2008)

¹⁰⁵⁵ Government Bill 1993/94:101 p. 100 and Government Bill 1993/94:147 p. 57.

que le traitement préjudiciable des parents, sur la base de la loi de 1995, étant donné que la discrimination fondée sur la maternité est couverte par deux lois.¹⁰⁵⁶

En outre, il convient de mentionner une affaire pénale où il a été allégué la discrimination illégale contre les femmes roms, conformément au chapitre 16, Section 9, du Code pénal (Cour suprême cas NJA 1 999 p. 556, arrêt du 13 Septembre 1999). Aux fins de la prévention du crime, un magasin a introduit une interdiction refusant aux personnes vêtues de jupes larges, longues et lourdes d'entrer dans l'établissement. La Cour a statué que refuser à une femme rom d'entrer parce qu'elle portait des vêtements traditionnels était une discrimination illégale. Ce délit porte uniquement sur la discrimination fondée sur l'origine ethnique, la religieuse ou l'homosexualité et, pour des raisons d'ordre juridique- il ne pouvait être introduit de requête fondée à la fois sur l'appartenance ethnique rom et le sexe. Actuellement, un tel comportement discriminatoire est également interdit par l'Acte de 2008 contre la discrimination agissant sur les motifs de l'origine ethnique et le sexe (entre autres motifs) à la fois¹⁰⁵⁷.

Enfin, dans l'affaire n° 91 de 2010 (décision 2010-12-15), le tribunal du travail jugeant un cas de discrimination au recrutement sur les motifs de l'âge et du sexe a conclu que « Si le même acte discriminatoire est fondé sur plusieurs motifs, il est toujours considéré comme une discrimination unique. Le nombre de motifs n'a aucune incidence sur le montant de l'indemnisation.¹⁰⁵⁸ »

En ce qui concerne les organismes spécialisés, la Suède disposait d'un certain nombre de médiateurs différents (le Médiateur sur la discrimination fondée sur l'origine ethnique, le Médiateur des personnes handicapées, le Médiateur contre la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et le Médiateur pour l'égalité des chances) qui ont fusionné en un seul Médiateur contre la discrimination (DO), à compter du 1^{er} Janvier 2009, lorsque l'Acte de 2008 sur la discrimination est entré en vigueur. Une analyse des demandes traitées par le Médiateur sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle montre que certains d'entre elles comprennent des allégations relatives à la discrimination multiple. Il s'agit, par exemple, de la décision

¹⁰⁵⁶ Par exemple, les affaires du Tribunal du travail en France n° 14 /2009 et n° 15 /2008

¹⁰⁵⁷ Ann Numhauser-Henning in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR Manuscrit achevé en juillet 2009.

¹⁰⁵⁸ GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

2007-08-31, DNO. 511-2007 (sur l'orientation sexuelle et l'origine ethnique), et de la décision 2005-03-17, DNO. 33-2005 (sur l'orientation sexuelle et l'invalidité). Cependant, aucune de ces allégations n'a été retenue car il n'y avait aucune preuve de discrimination d'aucune sorte. Le nouveau Médiateur (DO) est connu pour être organisé d'une manière vraiment horizontale, qui peut s'avérer favorable aux allégations de discrimination multiple. Il est organisé selon les axes de l'emploi, de l'éducation, d'autres domaines de la société, de l'action positive, etc., et non pas selon les motifs interdits de discrimination. Cette autorité nouvelle a d'ailleurs déjà rapporté que « Récemment, nous avons réglé une affaire de discrimination fondée à la fois sur le sexe et sur l'origine ethnique. Une femme russe a porté plainte pour traitement discriminatoire de la part de son employeur, fondé sur plusieurs motifs - son sexe et son origine ethnique et, plus particulièrement, ses compétences linguistiques. Elle a déclaré avoir été traitée d'une manière moins favorable que ses collègues masculins et féminins pendant sa formation professionnelle comme agent de police. »

Remarques de conclusion

Le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple¹⁰⁵⁹ montre que certains experts¹⁰⁶⁰ des États membres estiment que seulement une obligation législative de l'Union européenne incitera leurs États respectifs de lutter explicitement contre la discrimination multiple. Cette approche semble refléter la déception individuelle des experts par rapport au fait que leur pays est si réticent à mettre en œuvre le droit de l'UE en matière de discrimination, dans son ensemble.

L'expert du Royaume-Uni est en faveur d'une obligation générale pour les États membres, en vertu du droit de l'Union européenne, de donner aux cas de discrimination multiple la possibilité de poursuites. Ceci vient des difficultés qu'ont connues les tribunaux du Royaume-Uni dans le traitement de la discrimination intersectionnelle, à la suite de l'examen de comparaison. De même, l'expert irlandais suggère que le droit

¹⁰⁵⁹ BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR, « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, Manuscrit achevé en juillet 2009.

¹⁰⁶⁰ Par exemple, les experts de Tchéquie, Bulgarie, Lettonie, Lituanie, Roumanie, Slovaquie, et Autriche

communautaire devrait interdire les plafonds concernant les dommages-intérêts en cas de discrimination, au moins lorsque plusieurs formes de discrimination sont combinées.

L'expert suédois propose l'adoption par la législation européenne du modèle du système national de la Suède, qui propose une liste ouverte des motifs. En effet, cette approche permet de réagir avec flexibilité dans les cas de discrimination multiple. L'expert islandais estime qu'un concept nouveau d'orientation fondamentale dans la législation communautaire luttant contre la discrimination servira mieux l'objectif de l'égalité, plutôt que d'introduire une définition de la discrimination multiple dans le droit communautaire.

Un certain nombre d'experts (de la Belgique, Chypre, Estonie, Finlande, Italie, et Lettonie) soulignent le fait que le champ différent d'application du principe de non-discrimination par rapport aux différents motifs restreint l'effet pratique du concept, parce que les demandeurs sont obligés de se concentrer sur le motif dont le champ de l'application est le plus large. Ainsi, l'on réclame souvent que le champ d'application soit aligné par rapport au droit de l'Union. L'expert grec espère, lui, que la reconnaissance de la discrimination intersectionnelle servira à améliorer le champ d'application du droit de l'égalité des sexes. Les experts polonais, norvégien, espagnol et allemand estiment que les recherches sur les difficultés pratiques et les méthodes adéquates pour y remédier sont nécessaires pour créer une approche adéquate dans le droit de l'Union européenne¹⁰⁶¹.

En conclusion, les experts suggèrent que le législateur de l'Union européenne doit, en priorité, supprimer les obstacles qui se dressent à la réponse juridique adéquate à la discrimination multiple. Ces obstacles sont principalement l'approche de comparaison, contenant, en vertu du droit de l'Union européenne, la définition de la discrimination directe et, sans doute, aussi de la discrimination indirecte, et les différences dans les champs d'application des instruments de l'Union européenne. Au-delà, une large majorité d'experts souhaiterait que la législation de l'Union européenne soit utilisée afin de motiver les législateurs nationaux à adopter une législation nationale

¹⁰⁶¹ BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, Manuscrit achevé en juillet 2009.

correspondante, ou de modifier le droit interne pour faciliter la réponse juridique adéquate à la lutte de la discrimination multiple.

Conformément à l'article 5 du traité de l'Union européenne, les mesures communautaires (de l'Union européenne) dans des domaines tels que le droit de la discrimination exigent que l'objectif proposé ne soit pas atteint au niveau national, et peut être mieux réalisé au niveau communautaire (principe de subsidiarité). À cet égard, l'avis de certains experts est que les problèmes dans la lutte contre la discrimination multiple ne sont pas mieux traités par la législation, et cela concerne en particulier la sensibilisation.¹⁰⁶²

Section 3 : L'emprunt inefficace des voies « usuelles » du droit de la non-discrimination au cas de la protection contre la « discrimination multiple »

Remarques préliminaires

Faute de régime spécifique à la discrimination multiple, les actions prétendant sanctionner ce type d'atteinte doivent emprunter les voies « usuelles » du droit de la non-discrimination. Or, le traitement actuel ne cherche pas à analyser les interactions. Il permet seulement de traiter des dossiers en recherchant le motif à l'origine de la mesure.

Ainsi, plusieurs difficultés se manifestent. D'une part, la méthodologie qui commande le régime de la preuve conduit à opérer par comparaison entre la situation de la personne faisant état d'un traitement défavorable et celle d'une autre ou plusieurs autres personnes, par hypothèse, mieux traitées. Comment déterminer le « comparateur » pertinent en cas de discrimination multiple ? La réponse n'est pas marquée du sceau de l'évidence, car la question de la détermination du comparateur est elle-même sujette à caution en cas de discrimination « simple. » D'autre part, se pose le problème de savoir si le juge doit apprécier séparément ou non les différents motifs de discrimination.

¹⁰⁶² BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, Manuscrit achevé en juillet 2009.

A. La charge de la preuve

La charge de la preuve est d'une importance décisive quant à l'efficacité de l'application des dispositions contre la discrimination par le biais des demandes individuelles. Si les demandeurs potentiels peuvent espérer avoir du succès devant le tribunal, cela va influencer leur empressement à engager cette procédure. Dans la plupart des pays, il est admis qu'à toute forme de discrimination la charge de la preuve incombe avant tout aux demandeurs.¹⁰⁶³ Mais de nombreux systèmes juridiques conviennent que cette charge pesant sur le demandeur doit être facilitée. En principe, les demandeurs doivent établir une preuve *prima facie* de la situation de discrimination, en établissant que les actions présumées discriminatoires ont vraiment eu lieu et qu'elles indiquent au moins l'existence d'une discrimination en raison d'un « critère suspect. » Mais, à une certaine étape, la charge de la preuve de la justification de la pratique, de la règle ou de la norme discriminatoire incombe au défendeur. Une fois établis les éléments définissant ces indications, la réponse du défendeur doit être une justification ou une défense contre les arguments de celui qui dénonce la discrimination. Si le défendeur ne réussit pas à prouver ces éléments, la discrimination est établie. Il convient de mentionner que, d'ordinaire, le renversement de la charge de la preuve n'existe pas devant une cour pénale¹⁰⁶⁴, où ce que les parties doivent prouver varie en fonction de chaque cas de discrimination.

Mais, en tout état de cause, si l'intention ou le but discriminatoire n'est pas expressément indiqué par le décideur, le demandeur doit tout d'abord présenter des indices permettant de conclure qu'une différenciation préjudiciable fondée sur un ou plus motifs interdits a eu lieu. Ensuite, il appartient au défendeur de prouver qu'il n'existe aucune discrimination.

Les *tribunaux canadiens* font preuve d'un lent développement de la norme de la preuve, dans la pratique.¹⁰⁶⁵ À l'origine, dans les cas de discrimination intentionnelle

¹⁰⁶³ Rapports Généraux du Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington, 25 juillet - 1^{er} août 2010, Rapport sur la Nouvelle-Zélande, référence 128, 129; Rapport sur l'Australie, la question 11; Rapport sur Macao, référence 25; Rapport sur le Japon, chapitre B.3.2.1; Rapport sur l'Argentine, la question 11; Rapport sur l'Uruguay, la question 11; rapport sur le Venezuela, la question 11; Rapport sur la Roumanie, la question 11; Rapport sur la Norvège, la question 11; Rapport sur le Portugal, la question 11; rapport sur la Suède, la question 11. Ensuite, il appartient au défendeur de prouver qu'il n'existe aucune discrimination.

¹⁰⁶⁴ Rapports Généraux du Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington, Juillet 25 Aout 1, 2010 Rapport sur la Belgique, le chapitre H. 1,33.

¹⁰⁶⁵ Rapports Généraux du Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington, 25 juillet - 1^{er} août 2010, Rapport sur le Canada, référence 39.

le défendeur doit prouver un élément subjectif (que la norme en cause a été imposée de bonne foi et ne vise pas à miner les objectifs législatifs) et un élément objectif (que la norme est nécessaire à l'exécution efficace des travaux et n'est pas une charge déraisonnable pour les travailleurs concernés). En revanche, dans le cas de la discrimination indésirable, l'élément subjectif n'est pas nécessaire. En effet, c'est le défendeur qui doit établir qu'il existe un lien raisonnable entre l'emploi et la norme douteuse et qu'il ne peut éviter la contrainte excessive qu'il impose.¹⁰⁶⁶ Étant donné que les deux normes imposent évidemment une charge de preuve assez différente à la partie défenderesse, les problèmes surgissent dès que la ligne de démarcation entre les deux concepts de discrimination n'est pas évidente. Ainsi, si les juridictions compétentes qualifient le type de discrimination différemment, les résultats vont varier en conséquence. En guise de solution très pratique, les tribunaux canadiens ont choisi d'imposer une norme unifiée concernant la charge de la preuve applicable à toutes les formes de discrimination.¹⁰⁶⁷ L'employeur défendeur doit apporter la preuve recevable selon le principe de la prépondérance des possibilités, que la mesure douteuse a été adoptée dans un but raisonnablement lié au rendement du travail et qu'il a imposé cette mesure de bonne foi, estimant qu'elle était nécessaire pour réaliser cette fin liée à l'emploi. Ainsi, les éléments de preuve concernant les deux types de discrimination ont été combinés de telle sorte que la charge pesant sur le défendeur ne dépende plus de la façon dont le tribunal qualifie la discrimination.

Cependant, la preuve de la nécessité de la norme litigieuse est la plus exigeante pour tous les types de discrimination, et elle est devenue le point d'échec pour les défendeurs. Afin de répondre à cette exigence, il faut prouver qu'il est impossible d'accommoder les employés du groupe protégé, sans une contrainte excessive pour l'employeur. Cela semble être une exigence plutôt difficile même si les tribunaux soulignent que l'employeur n'a pas besoin de démontrer qu'il a été «impossible», au sens strict du terme, d'intégrer les employés qui ne respectent pas la norme.¹⁰⁶⁸ En règle générale, dans plusieurs pays, un moyen de défense contre une discrimination *prima facie* ne sera efficace que si le caractère raisonnable et rationnel de l'emploi d'une

¹⁰⁶⁶ Rapports Généraux du Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington, 25 juillet - 1^{er} août 2010, Rapport sur le Canada, référence 40.

¹⁰⁶⁷ Rapports Généraux du Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington, 25 juillet - 1^{er} août 2010, Rapport sur le Canada, référence 42.

¹⁰⁶⁸ Rapports Généraux du Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington, 25 juillet - 1^{er} août 2010, Rapport sur le Canada, référence 45.

norme douteuse est avéré et si le tribunal est convaincu que la norme des défendeurs ne demande pas plus que ce qui est nécessaire pour exécuter le contrat. Dans de nombreux systèmes, cela revient à un contrôle de proportionnalité : recherche d'une alternative moins discriminatoire disponible, même si une norme objective liée à l'emploi ne peut être imposée (en raison de ses effets discriminatoires).

Aux États-Unis, d'autre part, la charge de la preuve en cas de discrimination est loin de représenter un système unifié. En vertu de la norme du traitement disparate¹⁰⁶⁹, le demandeur doit établir une preuve *prima facie* de discrimination. Ensuite, la charge de la preuve incombe au défendeur qui doit exposer les motifs légitimes pour l'action contestée et, enfin, le demandeur doit prouver la discrimination en démontrant que la raison invoquée par le défendeur n'est pas convaincante. En fin de compte, la charge de la preuve incombe donc au demandeur. En outre, la Cour suprême a introduit un autre structure¹⁰⁷⁰ de preuve selon laquelle le demandeur devait établir une pratique de travail illégal par une preuve directe que les motifs interdits consistent au moins un facteur de motivation pour l'action de l'employeur, même si d'autres facteurs pourraient également avoir été impliqués. Cette norme a été cependant rejetée par la Cour¹⁰⁷¹ suprême pour les cas de discrimination fondée sur l'âge, de sorte que le demandeur doit apporter la preuve recevable, selon la prépondérance des probabilités que l'âge était la cause de l'action de l'employeur. Même si de toute évidence il s'agit d'un régime de la preuve particulièrement dur, cette approche très détaillée est plus claire.

D'autres pays sont encore plus réticents à alléger la charge de la preuve en cas de discrimination. En *Nouvelle-Zélande*, le concept du partage de la charge de la preuve entre le plaignant et la partie défenderesse dans les affaires de discrimination n'est pas largement élaboré. La réussite d'une réclamation dépend plus ou moins de l'établissement d'un lien entre une plainte pour discrimination et une plainte pour licenciement injustifié ou d'autres inconvénients injustifiés dans la relation du travail.¹⁰⁷² Ce n'est que dans ces conditions que la charge de justifier une telle action incombera en grande partie à l'employeur.

¹⁰⁶⁹ Rapports Généraux du Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington, 25 juillet - 1^{er} août 2010, Rapport sur les États-Unis, référence 261.

¹⁰⁷⁰ Rapports Généraux du Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington, 25 juillet - 1^{er} août 2010, Rapport sur les États-Unis, référence 263.

¹⁰⁷¹ Rapports Généraux du Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington, 25 juillet - 1^{er} août 2010, Rapport sur les États-Unis, référence 274

¹⁰⁷² Rapports Généraux du Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington, Juillet 25 Aout 1, 2010 Rapportsurla Nouvelle-Zélande, référence 132.

En *Australie*, un effet comparable résultera de l'application des concepts différents de la loi sur la discrimination d'âge et de la législation du travail : alors que la législation contre la discrimination fixe, en principe, la charge de la preuve comme incombant au demandeur, avec quelques assouplissements - en particulier pour la discrimination indirecte - les lois du travail exigent de l'employeur de prouver que les actes préjudiciables n'ont pas été pris pour des raisons interdites ou, en cas de licenciement, que celui-ci n'était pas fondé sur de tels critères.¹⁰⁷³ À *Macao*, le système juridique ne reconnaît aucun renversement de la charge de la preuve dans tous les cas¹⁰⁷⁴, mais l'inspecteur du travail ou les procureurs peuvent être appelés à connaître des faits de l'affaire.¹⁰⁷⁵

En *Grèce*¹⁰⁷⁶, après la transposition de la directive européenne 2000/78/CE dans le droit interne, les personnes qui s'estiment lésées par non-application du principe de l'égalité traitement doivent établir devant un tribunal ou une autre autorité compétente des faits qui permettent de présumer qu'il ya eu discrimination directe ou indirecte. Ensuite la charge de la preuve incombe à la partie défenderesse qui doit prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

Le cadre juridique *français*, d'inspiration communautaire, lui aussi, pose la répartition de la charge de preuve entre les parties.¹⁰⁷⁷ Selon l'article L. 1134-1 du Code du travail : « Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise où le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte... Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

Ces définitions, issues d'un cheminement issu du processus judiciaire anglo-saxon, viennent bousculer les pratiques de la tradition juridique française car elles proposent une lecture des faits fondée sur une preuve indirecte et une démarche qui

¹⁰⁷³ Rapports Généraux du Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington, Juillet 25 Aout 1, 2010Rapportsur l'Australie, question 11.

¹⁰⁷⁴ Rapports Généraux du Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington, Juillet 25 Aout 1, 2010RapportsurMacao, référence 26.

¹⁰⁷⁵ Rapports Généraux du Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington, Juillet 25 Aout 1, 2010RapportsurMacao, référence 26.

¹⁰⁷⁶ KOSTAS PAPADIMITRIOU, Revue Hellénique du droit internationale 2010, p 281.

¹⁰⁷⁷ Loi du 27 mai 2008, article 4.

impose à chacune des parties d'aborder le procès sur un registre spécifique, en présentant des preuves ayant des objets distincts.¹⁰⁷⁸

Le *droit communautaire* des discriminations est structuré autour d'une approche non pénale, laquelle est fondée sur le constat objectif d'une inégalité de traitement, affranchie de l'exigence d'établir l'intention discriminatoire de l'auteur. Loin d'avoir pour objet de réprimer la faute d'un discriminant, il a pour objectif d'intégrer aux mécanismes de régulation de la société un outil de diagnostic qui permet de corriger la situation, lorsqu'un constat d'inégalité de traitement est dressé. Son mode opératoire est fondé sur la distribution de la charge de la preuve entre le demandeur, qui allègue une inégalité de traitement en faits, et le défendeur, véritable débiteur d'une garantie de non-discrimination. Au-delà de l'affirmation de la prohibition des discriminations, le régime juridique repose sur des règles de preuve spécifiques qui sont le reflet de son approche diagnostique. Plus qu'une simple règle, il propose une méthodologie qui distribue les rôles entre demandeur et défendeur, et met en scène la construction du dossier judiciaire.

La jurisprudence européenne est claire : le demandeur n'a pas à prouver la discrimination. Il doit établir des éléments de faits, un faisceau d'indices, qui permettent de déduire par présomptions une inégalité de traitement à partir d'éléments indirects. Cette apparence de discrimination établie au moyen d'une présomption amène un transfert de la charge de la preuve sur le défendeur. Or, la loi impose par ailleurs au défendeur la preuve de la justification et de la légitimité de la situation de fait. La personne mise en cause doit, non pas se satisfaire de questionner la suffisance d'une preuve par présomption ou encore de semer le doute sur la réalité de la discrimination alléguée par le demandeur mais, prenant pour acquis la différence de traitement, elle doit prouver que la règle ne poursuit pas un objectif discriminatoire et en justifier le bien-fondé, la justesse et la proportionnalité.

Le droit des discriminations est un droit de l'appréciation de la preuve, où les règles définissant la grille d'analyse des preuves deviennent étroitement liées au droit du fond, ce que souligne la *Cour de cassation française* dans de nombreux arrêts.¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁸ SOPHIE LATRAVERSE, Revue de droit du travail, 2008, p. 760. Approche comparative du droit de la non-discrimination.

¹⁰⁷⁹ Cass.soc. 23 nov.1999. Bull.civ. V, n 447 ; D200 IR 46, Cass soc 28 mars 2000, Bull.civ V n 126, Cass.soc. 21 déc. 2006 n 3139 FP-PBRI, Ste bai c/Lechevretel, JACQUES DUPLAT « Mise à la retraite » RJS 3/07P 223.

La preuve indirecte par présomption sans recherche d'intention pose la question de la construction par la jurisprudence de repères afin de préciser pour les parties les exigences de la preuve du demandeur et du défendeur. Comment mettre en œuvre de manière équitable un cadre juridique qui allège la charge de la preuve du demandeur, se satisfait de présomptions pour compenser l'immense difficulté d'établir la preuve de la discrimination, pour ensuite imposer au défendeur une preuve explicite de justification de l'inégalité de traitement ?

Tout de suite après son élaboration jurisprudentielle et communautaire, la transposition de ce droit en droit positif *britannique* a provoqué de nouvelles réflexions des juges anglais qui poursuivent leur interprétation des principes d'appréciation de la preuve et en précisent toujours d'avantage les règles. Entre 2003 et 2005, les tribunaux du travail anglais ont été saisis de près de 20 000 recours pour discrimination par an. Confrontés à la mise en œuvre du droit communautaire nouvellement transposé en droit interne, ils ont élaboré de véritables guides d'appréciation de la preuve. Le procès et l'analyse juridique doivent-ils suivre un processus en deux temps - preuve de l'apparence de discrimination, d'une part, et justification du défendeur, d'autre part - et, si oui, le défendeur peut-il attaquer la preuve du défendeur à la première étape du processus, ou celle-ci s'élabore-t-elle en faisant abstraction de la preuve du défendeur ?

Dans l'affaire *Igen Ltd v. Wong*¹⁰⁸⁰, le juge Lord Gibson tranche le débat des étapes de l'audience et affirme que la preuve et le dossier judiciaire doivent se dérouler sans décision intermédiaire du juge sur la charge de la preuve du demandeur avant la preuve du défendeur sur les justifications de sa décision. Cependant, au stade de l'élaboration de la décision du tribunal, son analyse doit se soumettre à l'artifice d'un processus qui fasse abstraction de la preuve de justification apportée par le défendeur et se faire en deux temps. La première étape implique que le demandeur établisse des éléments de faits qui fondent une déduction d'apparence de discrimination et le juge doit faire comme si l'employeur n'apportait aucune justification. C'est seulement si cette première étape permet de conclure à la preuve par le demandeur de l'apparence de

¹⁰⁸⁰ *Igen Ltd v. Wong* Neutral Citation Number: [2005] EWCA Civ 142 Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL 18 February 2005 Cases No: A2/2004/1141

discrimination que le tribunal appréciera ensuite, et séparément, la preuve de la justification apportée par l'employeur.

Quant à la question soulevée par la prise en considération dans la première étape des éléments soulevés par la défense pour attaquer la preuve apportée par le demandeur, le juge Gibson souligne que s'il incombe au demandeur de prouver les éléments de faits qui appuient une conclusion de discrimination, il lui incombe également de contrer les éléments apportés par le défendeur qui pourraient mettre en doute la véracité des faits qu'il invoque ou des éléments à prendre en compte dans l'analyse des faits menant à la présomption de discrimination. Cette preuve du défendeur concerne directement l'analyse de la suffisance de la preuve du demandeur.

La preuve de la discrimination est très difficile pour le demandeur. Il doit prouver sa cause mais, comme le souligne Lord Gibson, très peu de preuves directes seront disponibles et souvent l'inégalité de traitement résultera non pas de la mauvaise intention du défendeur mais d'expédients mis en œuvre pour la bonne marche de l'entreprise. La preuve résultera donc de déductions faites à partir des faits établis devant le tribunal. Comment opérer ces déductions ? Toute conclusion raisonnable et possible, issue du comportement du défendeur, du contexte, de sa réaction en défense et de sa bonne ou mauvaise foi pourra alimenter l'analyse menant à la déduction d'une présomption. Cette règle d'appréciation, qui se fonde sur la crédibilité du défendeur, paraît être au cœur de ce qui peut être traduit en droit français par les éléments pouvant être pris en considération pour fonder l'intime conviction du juge, qui, selon l'article L. 1134-1 du Code du travail français, dispose toujours du procès. Une fois l'apparence de discrimination retenue, c'est l'intime conviction d'absence de discrimination qui pourrait exonérer le défendeur.¹⁰⁸¹

Ensuite, il convient de mentionner que la preuve de la discrimination qui a la réputation d'être particulièrement difficile à apporter c'est la preuve de la discrimination à l'embauche.

Permettant un aménagement de la charge de la preuve, le législateur de l'Union a adopté des mesures visant à faciliter la tâche des demandeurs lorsqu'ils se prétendent

¹⁰⁸¹ SOPHIE LATRAVERSE Revue de droit du travail, 2008, p. 760. Approche comparative du droit de la non-discrimination.

victimes d'une discrimination sans aller toutefois jusqu'à consacrer un renversement total puisque, en effet, il ne pourrait être fait totalement abstraction de la liberté dont jouit traditionnellement l'employeur de recruter les personnes de son choix.

Dans l'affaire Galina Meister contre Speech Design Carrier Systems GmbH¹⁰⁸², la Cour de Justice des Communautés européennes était saisie pour répondre à deux questions préjudicielles : « 1) L'article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54 [...] et l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43 [...] ainsi que l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 [...], doivent-ils être interprétés en ce sens qu'un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions d'un avis de recrutement lancé par un employeur doit, s'il n'a pas été retenu, pouvoir exiger de cet employeur qu'il lui dise s'il a recruté un autre candidat et, dans l'affirmative, sur la base de quels critères ? 2) En cas de réponse affirmative à la première question [, l]a circonstance que l'employeur ne communique pas les informations demandées constitue-t-elle un fait permettant de présumer l'existence de la discrimination alléguée par le travailleur ? »

La Cour (deuxième chambre) a jugé que « Les articles 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, et 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne prévoient pas le droit, pour un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées dans un avis de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, d'accéder à l'information précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement, a embauché un autre candidat. Toutefois, il ne saurait être exclu qu'un refus de tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui

¹⁰⁸² Affaire C-415/10 Galina Meister contre Speech Design Carrier Systems GmbH [demande de décision préjudicielle formée par le Bundesarbeitsgericht (Allemagne)] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. PAOLO Mengozzi présentées le 12 janvier 2012.

permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il incombe à la juridiction de renvoi, en prenant en considération toutes les circonstances du litige dont elle est saisie, de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal. »

Le défi de prouver les raisons de traitement sera encore plus grand pour les victimes de discrimination multiple, lorsque l'un ou plusieurs d'un certain nombre de motifs ont motivé le défendeur. Il faut en tenir compte dans la répartition de la charge de la preuve en vertu de la législation en matière d'égalité. Ainsi, quand les dispositions législatives prévoient que lorsqu'un demandeur établit des faits qui permettent de présumer qu'il y a eu discrimination directe ou indirecte et qu'il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu une telle discrimination, elles peuvent convertir un droit technique de présenter des réclamations pour discrimination multiple en une réalité pratique.

À cet égard l'impact de ces dispositions sur les décisions judiciaires dépendra de la question de savoir si les faits sont suffisants pour renverser la charge de la preuve. Si les tribunaux devaient s'en tenir à ce que les demandeurs prouvent qu'ils ont subi un préjudice, mais ne doivent pas présenter de preuve quant à la raison derrière ce traitement, un demandeur appartenant à plus d'une catégorie protégée pourrait invoquer des motifs alternatifs ou cumulatifs sans avoir à prouver quel est le motif ou quels sont les motifs qui ont motivé le discriminateur présumé. Le traitement défavorable pourrait avoir été fondé sur un ou plusieurs d'un certain nombre de raisons, il incombe au défendeur de montrer qu'il y avait une raison non discriminatoire pour ce traitement.

L'objection évidente à une telle approche est qu'elle permettra à un grand nombre d'allégations qui, bien qu'elles soient liées à un traitement déraisonnable, ne conduisent pas à la reconnaissance d'un traitement discriminatoire. Néanmoins, les tribunaux ne passeraient pas directement de la constatation d'un préjudice à une inférence de discrimination : ils aboutiraient à une telle déduction en l'absence d'une explication adéquate du traitement considéré. Le défendeur pourrait prévenir toute conclusion en préparation par la satisfaction du tribunal qu'il avait une bonne raison totalement « innocente » qui a provoqué ce traitement. La raison devrait être non discriminatoire, mais il est nécessaire qu'elle soit raisonnable. En effet, tout ce que le défendeur serait tenu de prouver est qu'il n'a pas pris ses décisions de façon arbitraire, étant donné qu'un traitement arbitraire est souvent la seule preuve de la discrimination et crée soupçons de discrimination.

En guise de conclusion, si la loi vise à aller au fond de la discrimination multiple, elle doit aborder les manières subtiles et complexes dont une série de facteurs discriminatoires peut interagir pour former la base d'un comportement discriminatoire. La seule façon de le faire consiste à exiger que le défendeur explique un comportement qui ne semble pas justifié, plutôt que d'exiger des demandeurs d'assumer la tâche impossible de prouver les facteurs qui ont influencé les actions du défendeur.¹⁰⁸³

B. Le problème de la référence à une ou plusieurs personnes mieux traitées dans une situation comparable

La mécanique même de l'action en discrimination implique la comparaison. Sauf cas particuliers, la victime est donc amenée à se référer à un ou plusieurs modèles. Une première question qui se pose est de savoir si l'on doit nécessairement se référer à un comparateur réel dont la situation concrète peut être prise comme référence, ou bien si l'on peut se référer à une situation hypothétique, abstraitement construite. Une seconde question est celle de la détermination du comparateur adéquat, ce qui pose manifestement des problèmes de logique. En outre, il faut observer que le choix du comparateur et la méthode utilisée par le juge ont des incidences directes sur le fardeau de la preuve et donc sur les chances de succès pour les justiciables s'estimant victime de discriminations. Selon Philippe Martin¹⁰⁸⁴, pour aborder ces questions, un détour par le droit britannique semble particulièrement utile car la matière y est fort élaborée sur le plan technique.

a. Le comparateur réel ou hypothétique

Le *droit britannique* a depuis longtemps abordé cette question du comparateur. La législation en matière de discrimination sexuelle (Sex discrimination Act 1975) indique comment, en cas de plainte en discrimination, la comparaison doit être établie avec une autre personne.¹⁰⁸⁵ Toutefois, il existe une exception importante : lorsqu'une femme se plaint d'une discrimination en relation avec sa grossesse ou sa maternité, la comparaison avec un homme est par hypothèse exclue (*a female only condition*).

¹⁰⁸³ UCCELLARI PAOLA « Multiple discrimination: How Law can Reflect Reality », The Equal Rights Review, vol. One (2008).

¹⁰⁸⁴ MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif, RIDC, 2011, p. 585

¹⁰⁸⁵ Section 5, (3): "A comparison of the cases of persons of different sex or marital status (...) must be such that the relevant circumstances in the one case are the same, or not materially different, in the other".

Le *droit britannique* a fait sienne la solution de la jurisprudence *Dekker* de la CJCE.¹⁰⁸⁶ Il est d'ailleurs clair, au regard des solutions du droit communautaire, qu'il n'y a pas nécessité dans tous les cas d'un comparateur.¹⁰⁸⁷ La Cour de cassation française, pour sa part, a jugé que « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés.¹⁰⁸⁸ »

Selon l'EPA 1970 (*Equal Pay Act*), il semble même qu'il soit possible de choisir plus d'un comparateur, mais les tribunaux veillent à prévenir les abus de la part des plaignants qui adoptent une stratégie de « tir tous azimuts » (*scatter-gun approach*), c'est-à-dire, qui se réfèrent à un éventail trop large de comparateurs.¹⁰⁸⁹ On notera que la nécessité même d'un comparateur s'explique par le concept d'*equal value* qui est au cœur de cette législation. Il est en effet nécessaire d'établir une comparaison concrète pour faire valoir la règle « à travail égal, salaire égal. » En matière d'égalité de rémunération entre hommes et femmes, *le droit français* procède aussi de la sorte.

Si l'on ne peut pas trouver de comparateur réel, *le droit britannique* admet la nécessité de se référer à un comparateur hypothétique. Cela ressort des termes de la législation et le juge applique couramment cette méthode. Ainsi, en vertu du *DDA 1995* (*Disability Discrimination Act*) qui concerne les discriminations en raison du handicap, et afin de déterminer s'il y a traitement défavorable, la section 3A (1) de cette loi énonce qu'un employeur commet une discrimination envers une personne handicapée lorsque : pour une raison en lien avec le handicap dont souffre la personne, il la traite de manière moins favorable qu'il ne traite *ou n'aurait traité* d'autres personnes pour lesquelles la raison en question ne s'applique pas *ou ne s'appliquerait pas* ; b. l'employeur ne peut pas démontrer que le traitement en question est justifié. L'emploi du conditionnel indique clairement que le droit britannique fait place à un comparateur hypothétique pour juger de l'existence ou non d'une discrimination fondée sur le handicap.

La méthode vaut pour les différents « terrains » possibles de discrimination, et notamment en matière de discrimination sexuelle. Un tribunal a ainsi donné gain de cause à un homme victime de harcèlement qui s'était plaint que ses employeurs l'avaient traité moins favorablement qu'ils n'auraient traité une femme dans les mêmes

¹⁰⁸⁶CJCE, *Dekker*, 8 novembre 1990, aff. 177/88.

¹⁰⁸⁷M.-T. Lanquetin, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail », *Droit social* 2007, p. 871. Outre la question de la discrimination dans l'emploi des femmes enceintes, l'auteur évoque les décisions de la CJCE au regard de la situation des transsexuels

¹⁰⁸⁸Soc. 10 novembre 2009, pourvoi n° 07-42.849.

¹⁰⁸⁹M. Sargeant (Ed.), *Discrimination law*, Pearson Education Limited, 2004.

conditions, au motif qu'il devait endurer « virilement » les brimades de ses camarades.¹⁰⁹⁰

Au plan européen, les directives adoptées en vertu de l'article 13 du Traité envisagent toutes les possibilités dans la définition même de la discrimination prohibée. La directive 2000/78 énonce en effet qu'« une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er}. » L'emploi du conditionnel indique qu'il est possible de se référer un comparateur hypothétique.

En France, cependant, cette matière n'est pas encore aussi élaborée qu'elle l'est outre-Manche et, malgré la lettre du droit communautaire, il y a encore débat sur la pertinence même d'un comparateur hypothétique. Cette approche semble bien, en effet, avoir été rejetée par le législateur français. L'article L. 1134-1 du Code du travail (ancien art. L. 122-45 al. 4), ne fait aucune référence à un quelconque comparateur, fût-il concret ou hypothétique. L'alinéa premier énonce : « Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. » Il est donc fait renvoi à l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 qui pose que la discrimination est constituée dès lors que, sur le fondement de l'une des catégories de motifs prohibés¹⁰⁹¹, « une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable. » Ainsi, le législateur français transposant la législation communautaire ne s'est pas résolu à consacrer le mécanisme du comparateur hypothétique et a écarté l'emploi du conditionnel au profit du futur antérieur.

b. Le comparateur approprié difficile à trouver

¹⁰⁹⁰ D. Watt Ltd v. Reid, EAT, 25th September 2001. Rappelons qu'en droit britannique, le harcèlement est une facette de la discrimination. Cette approche a d'ailleurs été entérinée par le droit communautaire.

¹⁰⁹¹ À savoir, l'appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion, les convictions, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle, le sexe.

L'on a déjà relevé que les *droits anglo-saxons* tendent à définir la discrimination comme une différence de traitement en raison de l'appartenance à un « groupe protégé. » Dans cette optique, la comparaison doit se faire entre l'individu s'estimant victime d'une discrimination et une ou plusieurs personnes appartenant au « groupe opposé. » Notons que même si *le juge français* a jusque-là peu fait usage de ce mode de raisonnement, notamment en cas de discrimination indirecte, l'analyse « par groupe » a tout de même trouvé à s'appliquer dans l'« affaire des champignons.¹⁰⁹² » Dans cette affaire, des femmes manutentionnaires percevaient un salaire sensiblement inférieur à celui versé aux manutentionnaires masculins de la même entreprise. La Cour d'appel de Riom a estimé que « dans une situation de discrimination apparente, c'est à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération constatée », mais le point intéressant est que les deux salariées demanderesse s'estimant victimes de discrimination salariale avaient vu leur situation analysée par comparaison entre les deux groupes de manutentionnaires, le groupe « hommes » et le groupe « femmes. »

Toutefois, même en cas de discrimination fondée sur un seul motif, il n'est pas toujours facile de déterminer le comparateur adéquat. Dans l'affaire *Mac Donald jugée au Royaume-Uni*¹⁰⁹³, l'intéressé travaillait dans l'armée et il avait eu à subir un entretien professionnel lors d'un changement de corps. On lui demanda s'il était homosexuel et ayant répondu par l'affirmative, il fut licencié. Il saisit la justice d'une plainte en discrimination et harcèlement sexuel sur la base du *Sex and Discrimination Act* (SDA) de 1975. L'*Employment Tribunal*, en première instance, rejeta sa demande au motif que le SDA traite du genre et non de l'orientation sexuelle. L'*Employment Appeal Tribunal* devait toutefois accueillir l'appel de monsieur Mac Donald et estimer que le terme de « sexe », dans le SDA, inclut la question de l'orientation sexuelle. De plus, l'*Employment Appeal Tribunal* estime à cette occasion que la comparaison devait se faire entre une personne homosexuelle et une personne hétérosexuelle, quel que soit le genre.

Selon l'*Employment Appeal Tribunal* (EAT), il y avait bien discrimination car une personne hétérosexuelle placée dans les mêmes conditions n'aurait pas perdu son

¹⁰⁹² CA Riom 16 janvier 1995 et soc. 12 fév. 1997, Sté USAI Champignons c. Mme Douarre et Daudel, v. M. Miné, « Le nouveau regard des juges français sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes », *Droit Ouvrier*, 1998, p. 10.

¹⁰⁹³ Secretary of State for Defence v. Mac Donald, EAT [2001] IRLR 431.

emploi. Mais la *Court of Session*¹⁰⁹⁴ permit un appel et restaura la décision de première instance. Selon cette juridiction, dans ce cas, le comparateur approprié est une femme homosexuelle employée dans l'armée. Dès lors, comme il apparaît qu'une femme homosexuelle aurait été également licenciée dans les mêmes circonstances, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas discrimination. Manifestement, le juge britannique a ici porté l'attention sur le comparateur alors que le fond du problème était de savoir si la législation alors applicable en matière de discrimination sexuelle pouvait ou non inclure le motif de l'orientation sexuelle.¹⁰⁹⁵

La difficulté de détermination du comparateur adéquat s'est aussi manifestée en matière de discrimination pour raison de santé et handicap. Dans l'affaire *Novacold*¹⁰⁹⁶, la *Court of Appeal britannique* avait eu à connaître du cas d'un opérateur exécutant des tâches manuelles exigeantes au plan physique qui avait souffert du dos, s'était vu arrêté par le médecin puis déclaré inapte à reprendre son emploi. Le salarié avait été licencié et avait saisi la justice, arguant notamment d'une discrimination en raison de son état de santé. En première instance, le tribunal du travail avait jugé que le salarié n'avait pas été traité de manière moins favorable pour une raison liée à son handicap, le comparant à des salariés valides qui auraient, comme lui, été absents pendant une longue période. Selon le tribunal, l'employeur licencierait toute personne, handicapée ou non, absente depuis tout ce temps. La *Court of Appeal* réforma cette décision, estimant que, puisque l'intéressé avait été absent à cause de son handicap, sa situation devait être comparée avec celle de personnes en capacité d'accomplir les principales fonctions de leur emploi et qui n'auraient pas été absentes pour maladie pendant une durée significative. Le juge a estimé qu'une telle personne aurait manifestement gardé son emploi et que le salarié licencié avait été traité de manière moins favorable. Toutefois, cette appréciation semble avoir été invalidée par la Chambre des Lords dans une décision rendue le 25 juin 2008¹⁰⁹⁷, ce qui témoigne de la difficulté à mettre en œuvre cette méthode comparative et que l'enjeu n'est autre que celui de la charge de la preuve.

¹⁰⁹⁴ L'affaire avait été portée devant les juridictions écossaises et la *Court of Session* remplit la fonction de la *Court of Appeal* dans le système judiciaire écossais.

¹⁰⁹⁵ La discrimination pour motif d'orientation sexuelle s'est intégrée dans le droit britannique avec l'*Employment Equality (sexual orientation) Regulations* 2003 entré en vigueur le 1er décembre 2003.

¹⁰⁹⁶ Affaire *Clark v. Novacold Ltd*, CA 1999, IRLR 318.

¹⁰⁹⁷ *London Borough of Lewisham v. Malcolm*, HL 2008, UKHL 43. Cette affaire ne concernait cependant pas le champ du droit du travail, mais le domaine des relations entre un bailleur et son locataire.

En outre, lorsque la discrimination est fondée sur plus d'un motif et que ces motifs interagissent les uns avec les autres de telle manière qu'ils sont complètement indissociables, il ne sera pas possible d'analyser les motifs de traitement séparément. Ainsi, une personne souhaitant alléguer une discrimination doit, selon la jurisprudence, comparer son traitement avec celui de quelqu'un qui n'est pas du même sexe, race, handicap, religion ou conviction, orientation sexuelle, âge, mais les tribunaux ont statué qu'il suffit d'une seule caractéristique pour cette comparaison, et ils n'exigent pas de combinaison indivisible de caractéristiques.

Même si le droit britannique permet aux tribunaux de faire une comparaison hypothétique et d'examiner si une personne hypothétique aurait été traitée moins favorablement, il est seulement possible de comparer une caractéristique à la fois. Ainsi, par exemple, une femme noire ne peut pas comparer son traitement à celui d'un homme blanc, elle ne peut que comparer son traitement avec celui dont une femme blanche aurait fait l'objet et, ensuite, séparément, avec celui dont un homme noir pourrait avoir fait l'objet. De même, une femme plus âgée ne peut pas comparer son traitement à celui d'un jeune homme ou une lesbienne chrétienne à un homme athée. Le comparateur adéquat est un problème crucial en ce qui concerne la discrimination multiple.

c. Faut-il toujours une comparaison ?

Est-il nécessaire, pour établir l'inégalité de traitement, d'avoir recours à une comparaison, réelle ou hypothétique, entre le traitement du demandeur et celui d'une personne qui ne serait pas discriminée ?

Ainsi, une question consiste à savoir si la discrimination existe « en soi » par la seule référence à un motif. Dans cette hypothèse, une telle discrimination concerne la personne indépendamment de ses identifications particulières. Les exemples de discrimination « en soi » sont nombreux dès lors qu'une mesure ou un acte vise un salarié en lien avec un motif prohibé.

Dans l'affaire *Igen Ltd v. Wongle*, le juge Gibson¹⁰⁹⁸ nuance les directives judiciaires existantes et précise que, quoique la comparaison ne soit pas requise par la

¹⁰⁹⁸ Affaire *Igen Ltd v. Wong* Neutral Citation Number: [2005] EWCA Civ 142 Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL18 February 2005 Cases No: A2/2004/1141

loi, elle demeure souhaitable pour permettre au juge de structurer son analyse de la situation des faits et opérer les déductions pertinentes pour répondre à la question de savoir si, en prenant pour acquis l'absence de justification du défendeur à ce premier stade, le demandeur paraît avoir été victime d'un traitement défavorable discriminatoire.¹⁰⁹⁹

En France, c'est une véritable révolution du droit de la discrimination que la Cour de cassation annonce dans un arrêt du 10 novembre 2009¹¹⁰⁰, au retour d'un *obiter dictum* qui ne passe pas inaperçu : « L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés.¹¹⁰¹ » La Cour a fait ainsi application de ce qu'on pourrait appeler « discrimination de circonstance. » Or, il semble en effet difficile de concevoir qu'une discrimination soit qualifiée sans procéder à une comparaison.¹¹⁰²

La loi du 27 mai 2008, qui définit les concepts de discrimination directe et indirecte, fait d'ailleurs référence à « une personne traitée de manière moins favorable qu'une autre [...] dans une situation comparable » ou encore à « un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes. » Une comparaison est consubstantielle à la discrimination.¹¹⁰³ Le droit communautaire propose une parade à la difficulté de trouver un comparateur, en permettant de fabriquer « un comparateur hypothétique » : les trois directives « non-discrimination » (2006/54, 2000/43, 2000/78) introduisent ainsi une personne imaginaire en disant qu'il y a discrimination « lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable. » C'est l'emploi du conditionnel, que le législateur français a ignoré lors des débats précédant la loi du 27 mai 2008, qui permet la comparaison avec une personne qui n'existe pas. Il est vrai que la Cour de justice avait rejeté expressément le comparateur hypothétique¹¹⁰⁴, mais c'était antérieurement aux directives européennes « non-discrimination » et la Cour de

¹⁰⁹⁹ SOPHIE LATRAVERSE Revue de droit du travail 2008 p. 760

Approche comparative du droit de la non-discrimination

¹¹⁰⁰ Cass.soc. 10 novembre 2009, n 07-42849

¹¹⁰¹ JÉRÔME PORTA « Égalité, discrimination et égalité de traitement », RDT mai 2011, p 290

¹¹⁰² En ce sens, Soc. 23 mars 2011, n° 09-42.666.

¹¹⁰³ JEAN-PHILIPPE LHERNOULD, « Une discrimination peut être caractérisée sans comparaison », Liaisons Sociales Europe du 7 au 20 janvier 2009, p 5.

¹¹⁰⁴ CJCE 27 mars 1980, aff.. C- 129/79.

justice est, depuis, devenue familière des comparaisons hypothétiques et exige systématiquement la recherche d'un comparateur.¹¹⁰⁵

En outre, la question d'une comparaison peut être de savoir ce que recouvre tel ou tel motif de discrimination. Le critère du sexe, par exemple, recouvre-t-il l'état de grossesse ? Ce motif a été inséré à l'article L. 1132-1 du code du travail français (anc. art. L. 122-45) par la loi du 23 mars 2006 relative à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes. Alors que la jurisprudence de la CJCE relative à la grossesse date de 1990, la jurisprudence nationale française continuait d'appliquer un régime juridique qui considérait la protection comme une exception au principe d'égalité de traitement.

C'est *le droit communautaire* qui a posé différemment la question. Concernant le refus d'engager une femme enceinte, la CJCE a estimé, dans l'affaire Dekker¹¹⁰⁶, que lorsque le motif du refus résidait dans la circonstance que l'intéressée était enceinte, la décision était directement liée au sexe du candidat. Dans ces conditions, l'absence de candidats masculins n'avait aucune incidence sur la réponse.¹¹⁰⁷ En réalité cette jurisprudence considère qu'hommes et femmes ne sont pas dans une situation identique, et qu'à situations différentes, il faut apporter un traitement différent. Ce qui renvoie à la conception matérielle de la discrimination.

Dans deux autres affaires, la CJCE ne fait pas référence à un comparateur. Concernant la question du changement de sexe, le point 3 de l'exposé des considérants de la directive « Refonte » (disposition qui n'est pas reprise dans le corps du texte) dispose : « Les hommes et les femmes ne sauraient être réduits aux seules discriminations fondées sur l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Eu égard à son objet et à la nature des droits qu'il tend à sauvegarder, ce principe s'applique également aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe d'une personne. » En quelques arrêts, la CJCE a précisé la notion d'« appartenance à un sexe » à l'occasion de la jurisprudence concernant les transsexuels. Dans un premier arrêt rendu en 1996¹¹⁰⁸, la Cour estime que la directive n° 76/207/CE n'a pas vocation à s'appliquer aux

¹¹⁰⁵ JEAN-PHILIPPE LHERNOULD, « L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE », Droit Social n° 9/10, septembre-octobre 2010, p 893.

¹¹⁰⁶ Arrêt du 8 novembre 1990, dans l'affaire Dekker, n° C-177/88, Rec. CJCE, p. I-3441

¹¹⁰⁷ V. également, CJCE arrêt du 30 mars 2004, dans l'affaire n° C-147/02, Alabaster, Rec. CJCE, p. I-3101

¹¹⁰⁸ Arrêt CJCE du 30 avril 1996, dans l'affaire C-13/94, P/S et Cornwall County Council, Rec. CJCE, p. I-2143, en matière de licenciement

seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe mais également aux discriminations trouvant leur origine dans la conversion sexuelle de l'intéressée. Mais la Cour faisait encore référence à un comparateur, « les personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir. » Ce n'est plus le cas dans l'arrêt K.B. du 7 janvier 2004¹¹⁰⁹, concernant une pension de réversion où la conversion sexuelle est assimilée à une distinction fondée sur le sexe.

Un arrêt du 27 avril 2006 est venu, depuis, confirmer cette jurisprudence.¹¹¹⁰ Le refus de tenir compte du changement de sexe porte atteinte au droit fondamental de ne pas être discriminé selon son sexe dans la mesure où il interdit au transsexuel l'octroi d'une pension de retraite dès l'âge de 60 ans (Direct. n° 79/7/CEE). En l'espèce, la requérante avait changé de sexe et demandait à bénéficier d'une retraite à 60 ans, alors que née homme, ce droit n'était accordé par le droit national qu'à 65 ans.

La question s'est posée également concernant le harcèlement sexuel. Un raisonnement similaire à celui suivi à propos de la conversion sexuelle peut être adopté, selon Denis Martin.¹¹¹¹ Le harcèlement sexuel constitue toujours une discrimination fondée sur le sexe, dans la mesure où il vise un comportement centré sur le sexe de la personne, peu importe qu'il s'agisse d'une personne de même sexe ou du sexe opposé. Le sexe de la personne reste l'élément déterminant la discrimination. Or, tout travailleur devrait pouvoir s'attendre à ce que soit respecté le droit fondamental à sa dignité et à son intégrité physique. Ce droit fondamental serait le corollaire du droit à exercer un emploi sans discrimination fondée sur le sexe¹¹¹².

d. La comparaison dans le régime de preuve

Le choix du comparateur, tout spécialement lorsqu'il est hypothétique, n'est pas sans incidence sur le régime de la preuve. Dans le cas d'une personne injustement licenciée mais s'estimant aussi victime de discrimination raciale, **les tribunaux britanniques** ont eu à trancher le problème suivant : la victime peut-elle imposer au juge une comparaison entre elle-même et une hypothétique personne qui serait son

¹¹⁰⁹ CJCE, affaire n° 117/01, Rec. CJCE, p. I-541

¹¹¹⁰ CJCE, arrêt du 27 avril 2006, dans l'affaire n° 423/04, Sara Margaret Richards, Rec. CJCE, p. I-5027

¹¹¹¹ Denis Martin, Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste, 2006, Bruylant

¹¹¹² LANQUETIN MARIE-THERESE, « Discrimination », 2010/2011, Dalloz.

clone, c'est-à-dire quelqu'un qui aurait les mêmes caractéristiques, y compris personnelles, à l'exception du critère de la race ? Selon le juge, une telle approche ne permettrait pas à la défense de combattre la présomption. En effet, si dans un tel cas, avec ce genre de comparateur, apparaît une différence de traitement, elle sera nécessairement imputable au facteur « race » et donc jugée discriminatoire.¹¹¹³ Les juridictions britanniques, tout en faisant jouer la présomption légale, ne semblent pas vouloir « enfermer » pour autant la partie défenderesse dans une comparaison univoque.

Il est également intéressant de relever que la présomption de discrimination qui joue au profit de la victime, dès lors que celle-ci allègue d'indices suffisants, peut-être d'intensité variable selon que la comparaison se fait avec une seule personne ou bien avec un plus grand nombre. Ce point a été analysé par le juge britannique dans l'affaire Griffiths.¹¹¹⁴ La plaignante était une femme noire comprise dans un plan de réorganisation de son entreprise. Neuf salariés de qualification égale, dont Mme Griffiths, étaient menacés de licenciement économique et cinq postes étaient offerts en reclassement. Les huit autres candidats étaient des hommes blancs. La direction des ressources humaines ayant procédé à une évaluation de chaque candidat, Mme Griffith fut classée avant-dernière et finalement licenciée. Elle saisit la juridiction du travail d'une demande en licenciement injustifié (*unfair dismissal*) et en discrimination fondée sur la race et le sexe. Elle obtint gain de cause en première instance, mais l'affaire fut portée devant la juridiction d'appel du travail. L'une des questions posées au juge était de savoir si la demanderesse avait effectivement passé le premier stade (*prima facie case*) entraînant déplacement de la charge de la preuve sur l'employeur. Pour l'appelant, en effet, le simple fait que la demanderesse fût noire et que les autres candidats fussent blancs n'était pas suffisant.

Sur ce point, le tribunal d'appel britannique reprend l'*obiter* établi dans une affaire Adebayo¹¹¹⁵, selon lequel il y a commencement de preuve si le demandeur noir écarté de l'emploi était aussi qualifié que son « comparateur » blanc. Le tribunal d'appel estime que dans le cas où il n'y a que deux candidats en compétition et sous réserve qu'ils soient de qualification égale ou équivalente, la présomption de discrimination est assez facilement établie. Par contre, il relève que la présomption est affaiblie dès lors qu'il y a un plus grand nombre de candidats et que la personne de couleur s'est vue

¹¹¹³ Affaire *Madden v. Preferred Technical Group* [2005], IRLR 46.

¹¹¹⁴ Affaire *Griffiths-Henry*, EAT May 2006, IRLR 865.

¹¹¹⁵ *Dresdner Kleinwort Wasserstein Ltd. v Adebayo* EAT [2005] IRLR 514.

refuser la promotion au même titre que d'autres candidats blancs de même qualification. Le plaignant peut bien se comparer à un collègue blanc qui aura été promu, mais les juges sont invités à tenir compte des circonstances et notamment du fait que d'autres candidats blancs de même qualification ont aussi reçu un traitement moins favorable. Dans cette affaire, néanmoins, le tribunal d'appel a considéré que la présomption pouvait jouer dans la mesure où le nombre de salariés promus était supérieur à celui de ceux qui avaient échoué.

Le choix du comparateur adéquat est donc délicat et son application dépend des circonstances de l'espèce. La difficulté est d'autant plus importante en cas de discrimination multiple. Par référence à l'affaire Griffiths susmentionnée, s'il y avait eu une femme blanche parmi les candidates promues, cela aurait sans doute fait obstacle à la plainte en discrimination fondée sur le sexe. Est-ce que cela renforcerait pour autant la présomption de discrimination fondée sur la race ou l'origine ? Rien n'est moins sûr. Par contre, s'il y avait eu une femme blanche dans le lot des salariés non promus, cela aurait pu renforcer la thèse de la discrimination sexuelle (les salariés promus étant tous des hommes) tout en laissant ouverte la question de la race. Ces spéculations font entrevoir un second ordre de difficulté : dans un cas de discrimination multiple alléguée par la victime, chaque motif ou « terrain » de discrimination, doit-il être examiné séparément ou bien conjointement par le juge ?

e. La comparaison comme outil de preuve de la discrimination multiple ?

La question fondamentale qui a entraîné le rejet de plaintes pour discrimination multiple, c'est la preuve. Les juges semblent réticents de se référer aux comparateurs opposés et aux statistiques appropriées en raison de la division entre les motifs de la législation¹¹¹⁶.

Une approche comparative directe présente des obstacles aux demandes de protection contre la discrimination multiple. La Commission ontarienne des droits de l'homme a souligné que : « L'analyse intersectionnelle connaîtrait que les comparaisons doivent être utilisées avec beaucoup de prudence parce que la comparaison inappropriée peut conduire au rejet d'une affaire qui aurait dû être jugée¹¹¹⁷ ».

¹¹¹⁶UCCELLARI PAOLA « Multiple discrimination: How Law can Reflect Reality », *The Equal Rights Review*, vol. One (2008) p. 35.

¹¹¹⁷Ontario Human Rights Commission. *An Intersectional Approach To Discrimination: Addressing Multiple Grounds In Human Rights Claims*, 2001, p. 11 available at

Par exemple, si une femme âgée se voit refuser un poste déterminé, il faudra rechercher son comparateur à savoir une femme jeune postulant pour un poste équivalent, si elle prétend avoir été victime d'une discrimination fondée sur l'âge, ou bien un homme âgé postulant pour un poste équivalent, si elle prétend avoir été victime d'une discrimination fondée sur le sexe. Or, c'est précisément dans ce cas de figure que les limites de l'approche du motif unique peuvent se manifester. En effet, dans ce cas si la femme âgée prétend avoir été victime de discrimination fondée sur l'âge, l'entreprise pourrait avancer l'argument selon lequel elle embauche des personnes âgées, même si ces personnes sont toutes de sexe masculin. Si cette même femme prétend avoir été discriminée sur le fondement du sexe, l'entreprise pourra rétorquer qu'elle embauche des femmes, même si ces dernières sont toutes jeunes.

Aussi, une jurisprudence du Royaume-Uni a donné l'exemple suivant. Un jeune musulman portant des vêtements traditionnels, avait été licencié pendant sa période d'essai dans un centre d'appels téléphoniques. Au cours de sa brève présence là-bas, il est apparu, au travers de plusieurs incidents, que d'autres membres du personnel le percevaient comme un terroriste potentiel. Par exemple, une collègue a crié, lorsqu'elle est soudain tombée sur lui alors qu'il priait dans un corridor. L'explication qu'elle a donnée de sa réaction et le contexte général des remarques faites à l'homme indiquaient qu'elle avait été terrifiée parce qu'elle ne l'avait pas tout de suite reconnu et qu'elle avait associé l'image à des terroristes musulmans. Il n'y avait aucune raison de faire une association entre l'homme et le terrorisme, elle n'avait été faite que parce qu'il était un jeune musulman en vêtements religieux. Le jeune homme a porté plainte pour discrimination fondée sur la religion et sur le fait qu'il était un homme. Les employeurs se sont défendus en séparant les questions de discrimination fondée sur la religion et de discrimination fondée sur le sexe. Voici ce qu'ils dirent: a) ils employaient d'autres hommes et b) ils venaient d'engager une femme musulmane. Or, dans l'affaire en question, il est clair que le problème réel était la combinaison des caractéristiques. En réalité, seuls les hommes musulmans sont associés au terrorisme et peuvent subir ce type de préjugé (et, en fait, uniquement les jeunes musulmans probablement).¹¹¹⁸

http://www.ohrc.on.ca/en/resources/discussion_consultation/DissIntersectionalityFtns>accessed 11 December 2007

¹¹¹⁸ Experts juridiques, Royaume-Uni, L'affaire a été réglée et la question n'a pas été portée devant le tribunal du travail, Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, « Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », Document terminé en septembre 2007.

La discrimination multiple peut également entraîner des problèmes particuliers à l'établissement d'un cas de discrimination indirecte. Comme Hannett¹¹¹⁹ a montré, une exigence de l'emploi peut, par exemple, ne pas avoir de conséquences disproportionnées sur les hommes d'origine asiatique ou les femmes blanches, mais il peut avoir un impact clairement négatif sur les femmes d'origine asiatique. Dans une plainte pour discrimination raciale indirecte, la comparaison doit être faite entre la proportion d'Asiatiques qui peuvent répondre à l'exigence de l'emploi, par rapport à la proportion de personnes qui ne sont pas asiatiques qui peuvent répondre à l'exigence de l'emploi. Selon ce critère, il peut être possible de soutenir qu'une femme asiatique n'était pas victime de discrimination indirecte car l'effet disproportionné qu'elle a subi est insuffisant : les hommes asiatiques, et certaines femmes asiatiques, pourraient répondre à l'exigence de l'emploi. De même, dans une réclamation de discrimination indirecte fondée sur le sexe, la comparaison doit être faite entre la proportion de femmes qui peuvent répondre à l'exigence de l'emploi, par rapport à la proportion d'hommes qui peuvent répondre à l'exigence de l'emploi.

En vertu de ce test, l'argument qu'une femme ne peut pas être victime de discrimination indirecte, car la majorité des femmes peut répondre à cette exigence de l'emploi, est au moins contestable, vu que la même exigence d'emploi peut avoir des effets disproportionnés sur une femme asiatique. Si un tel impact éventuel sur groupes partageant plusieurs caractéristiques n'est pas accepté, les cas problématiques de discrimination sociale peuvent échapper à l'examen judiciaire. Le problème de la preuve de discrimination dans les cas de discrimination multiple est donc étroitement lié au choix du comparateur adéquat.

Il peut sembler évident qu'il ne suffit pas de comparer la femme asiatique aux autres femmes ou aux personnes asiatiques, séparément. Les comparateurs éventuels pourraient être les femmes blanches ou les hommes asiatiques, ou les deux, mais il est difficile de décider lequel de ces comparateurs est le plus approprié. Une complexité supplémentaire peut être ici que tous les États acceptent la comparaison hypothétique, ou même prévoient comparateurs qui devraient être choisis dans des cas spécifiques.¹¹²⁰

¹¹¹⁹ HANNET SARAH (2003), «Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial failure to Tackle Multiple Discrimination», *Oxford Journal of Legal studies*, vol. 23, n° 1, p. 68.

¹¹²⁰ HANNET SARAH (2003), «Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial failure to Tackle Multiple Discrimination», *Oxford Journal of Legal studies*, Vol. 23, n° 1, p. 68.

En outre, l'établissement d'une preuve *prima facie* de discrimination multiple indirecte sera encore plus compliquée par le manque de disponibilité des informations statistiques sur le groupe complexe et très spécifique de comparaison.

Bien qu'un État peut recueillir des informations à l'égard des femmes ou des personnes d'origine ethnique différente, il ne sera pas toujours facile de recueillir les informations pertinentes et utiles par rapport aux femmes d'une origine ethnique spécifique.¹¹²¹

Ainsi, il est apparu de manière évidente que les cas de discrimination multiple peuvent déboucher sur des problèmes dans la recherche de preuves et dans l'identification des comparateurs appropriés.

C. Les exceptions et justifications valables pour un des nombreux critères coexistant simultanément

L'unité de la notion de discrimination se traduit par l'existence d'une structure commune, quel que soit le motif, par l'existence d'un régime juridique commun et spécialement de règles de preuve communes. Mais s'agissant de la justification, une certaine diversité ne va-t-elle pas nécessairement réapparaître ? Ceci tient au fait que les motifs prohibés ne sont pas de même nature.

Certains motifs prohibés visent l'état des personnes, le sexe, la couleur de la peau, l'orientation sexuelle, le handicap, l'âge. D'autres visent la prise en compte d'une activité ou une action : activité syndicale, exercice du droit de grève. D'autres encore concernent l'exercice de libertés personnelles comme la liberté d'opinion, d'expression. Enfin, certains de ces motifs ont un caractère public, d'autres relèvent de la vie privée. L'on comprend que certaines prises en considération sont plus facilement objectivables que d'autres.¹¹²²

Il apparaît que les juges n'exercent pas exactement le même contrôle sur les justifications susceptibles d'être fournies par le défendeur, selon les motifs ou terrains de la discrimination.¹¹²³ Par exemple, le contrôle semble plus souple en matière de

¹¹²¹ GERARDS Janneke, *Discrimination Grounds*, in D. Shiek/L. Waddigton/M. Bell (eds.), *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford and Portland, 2007, p. 31-184

¹¹²² LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE « Le principe de non-discrimination », *Droit Ouvrier*, mai 2001, p.186.

¹¹²³ V. D. Martin, « Égalité et non-discrimination : les enseignements d'une approche comparative », *Revue de Droit du Travail*, déc. 2008, p. 760-763.

discrimination en raison de l'âge¹¹²⁴, ce qui est d'ailleurs assez bien accepté par la doctrine française.¹¹²⁵ Comment, dès lors, combiner ces différents degrés de contrôle face à une discrimination multiple¹¹²⁶ ?

En outre, différentes exceptions s'appliquent aux différents motifs. En vertu de la directive sur l'égalité de l'emploi, il peut être difficile de décider si dans une affaire de discrimination contre un travailleur handicapé âgé, il doit être considéré sous l'exemption plus générale prévue pour l'âge, ou bien sous l'exemption beaucoup plus étroitement définie prévue pour invalidité.

Dans les cas de discrimination cumulative, cela peut être résolu en considérant les deux aspects séparément, décidant en premier lieu sur les cas de discrimination liée au handicap et, en deuxième lieu, sur la discrimination liée à l'âge. Dans les cas de discrimination intersectionnelle, où le désavantage subi est basé sur une combinaison des motifs, cela peut être plus difficile à faire.

Ainsi ces facteurs, qui produisent effectivement une hiérarchie de motifs, rendraient difficile de porter une affaire pour discrimination intersectionnelle, même s'il était techniquement possible de le faire.

D. Le problème méthodologique : Approche jointe ou disjointe des motifs multiples de discrimination

Lorsque sont établis des indices de discrimination multiple par le plaignant, le juge se trouve confronté à un problème d'ordre méthodologique. Considérer ensemble les différents motifs allégués suppose que soit pris en considération le caractère spécifique de la discrimination, ce qui a notamment des incidences sur le choix du comparateur. La démarche est novatrice mais peut s'avérer fort rigide. Au contraire, traiter séparément les motifs selon une approche que l'on peut qualifier de distributive, permet au juge d'appliquer sa méthode habituelle, au risque de ne pas prendre toute la

¹¹²⁴V. Marie Mercat-Bruns, « Un point d'actualité sur la discrimination fondée sur l'âge après l'arrêt *Bartsch* », *Revue de Droit du Travail*, janvier 2009, p. 62-67.

¹¹²⁵Gérard Lyon-Caen se demandait s'il y avait bien place, en droit, pour une interdiction de la discrimination fondée sur l'âge (G. Lyon-Caen, « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Droit social*, 2003, p. 1047-1050). Philippe Langlois, dans la même veine, pose la question de savoir s'il fallait inclure l'âge dans les discriminations interdites et estime que de fortes raisons s'y opposent. Ainsi s'expliqueraient les faiblesses du droit communautaire et du droit national qui, tout en posant la règle, l'assortissent de larges exceptions (P. Langlois, « Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge », *Droit social* 2006, p. 155-157).

¹¹²⁶MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 585

mesure de la discrimination vécue par le plaignant. En vérité, selon la méthode que privilégiera le juge, la partie défenderesse à qui il incombe de justifier l'inégalité de traitement verra sa tâche plus ou moins alourdie.

La question méthodologique prend, dès lors, le tour d'un arbitrage quant à la charge de la preuve. Là encore, selon Philippe Martin¹¹²⁷, *le droit britannique* se présente comme un intéressant terrain d'observation. Les solutions actuellement retenues y révèlent une certaine résistance des juges à consacrer pleinement le concept de « discrimination par intersection » qui suppose que chaque motif de discrimination interagit avec les autres, ce qui les rend théoriquement inséparables. Néanmoins, des positions plus avant-gardistes se manifestent *en Amérique du Nord*.

L'affaire *Bahl v. the Law Society*¹¹²⁸ illustre de manière éloquent le fond du problème : au-delà de la question technique et logique du choix du comparateur, en cas de discrimination multiple, se pose au juge un problème d'arbitrage entre les droits du plaignant et ceux de la partie défenderesse. Dans cette affaire, une femme asiatique s'était plainte d'avoir été discriminée dans son emploi parce qu'elle était une femme *et* parce qu'elle était asiatique. En première instance, le tribunal *britannique* avait jugé qu'elle devait être comparée à un « homme blanc », de manière à ce que soit pris en considération l'effet combiné du genre et de la race dans son cas. Toutefois, aussi bien le tribunal d'appel que la Cour d'appel ont jugé qu'il y avait là une mauvaise interprétation de la loi britannique. Dans cette affaire, Lord Justice Peter Gibson a estimé : « Selon nous, il fallait que le tribunal de première instance mette les premiers éléments factuels en relation avec chaque type de discrimination, face à chaque motif allégué, et explique ensuite pourquoi il en avait déduit une présomption en faveur du Dr Bahl à qui incombe la charge d'établir des éléments de preuve. Le tribunal n'a pas procédé ainsi et, comme il a justement été établi par le tribunal d'appel, a violé la loi ». Ce jugement indique clairement que chaque motif doit être considéré séparément et que le juge doit finalement se prononcer sur chacun d'eux, même si le plaignant estime que les différents motifs sont inextricablement liés.

Cette solution jurisprudentielle a été considérée comme décevante par les courants favorables à une pleine reconnaissance de la discrimination multiple. La

¹¹²⁷ MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 585

¹¹²⁸ *Bahl v. The Law Society*, UK [2004] IRLR 799.

position de la Cour d'appel est toutefois révélatrice de la nécessité, pour le juge, de se prononcer en vertu du droit positif en vigueur. On peut en effet penser que la Cour a essentiellement cherché, dans cette affaire, à maintenir un certain équilibre quant à la charge de la preuve.

Examinons la méthode préconisée par le tribunal de première instance : le plaignant est invité à se référer à un modèle « opposé », (la plaignante étant une femme de couleur, elle doit être comparée à un homme blanc). Cette approche est en réalité très favorable au plaignant car il y aura dans ce cas de plus grandes probabilités de découvrir des différences de traitement obligeant l'employeur à s'en expliquer et à les justifier, surtout si le juge se réfère à un comparateur hypothétique. En effet, il s'agira de savoir si, dans les mêmes circonstances, l'employeur aurait traité différemment un homme blanc. Si apparaît une différence, elle ne sera pas rattachée *a priori* à l'un ou l'autre des motifs prohibés en particulier. Par conséquent, c'est une lourde charge qui pèse sur le défendeur : s'il ne parvient pas à démontrer qu'un homme blanc ne serait pas mieux traité que la femme de couleur dans les mêmes conditions, il sera automatiquement coupable de discrimination multiple.

Le juge est donc « enfermé » dans une logique binaire : dans l'hypothèse où il aura admis qu'il y avait bien des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, selon que les justifications de l'employeur auront été ou non convaincantes, soit il constatera qu'il y a discrimination multiple, soit qu'il n'y a pas discrimination du tout.

En vertu du schéma préconisé par la Cour d'appel dans l'affaire Bahl, le juge doit adopter une approche « distributive », à savoir, chercher en premier lieu à identifier une discrimination sexuelle (le comparateur sera un homme), puis une discrimination raciale (le comparateur sera une personne blanche), sans que ces deux aspects ne soient mis en relation. Chaque motif de discrimination doit être examiné séparément et résolu de la même manière¹¹²⁹. Cette méthode peut déboucher sur un éventail plus large de solutions : soit il n'y a pas discrimination, soit il y a « mono » discrimination, soit il y a multi-discrimination. Dans ce dernier cas, il s'agira d'ailleurs plutôt de discrimination additionnelle. Le défendeur aura la possibilité de se justifier sur chaque « terrain » de

¹¹²⁹ Cette approche fait jurisprudence : v. l'affaire Griffiths-Henry précitée, dans laquelle la Cour d'Appel du Travail se réfère expressément à l'arrêt Bahl et envisage la discrimination en raison du sexe *ou* de la race (le *ou* étant ici exclusif).

discrimination allégué et ne devrait théoriquement pas être enfermé dans la comparaison avec un comparateur unique construit de manière formelle et abstraite.

Du coup, si les causes de discrimination doivent être examinées séparément, cela implique que le plaignant fournisse des indices relatifs à chaque motif de discrimination invoquée. Cette approche ne permet certes pas de rendre compte de la complexité des expériences de discrimination multiple. Au mieux, si on se réfère au cas *Bahl*, la plaignante sera conduite à se comparer avec un homme dans une position similaire, puis à montrer que sa situation a été aggravée du fait qu'elle est une femme de couleur. Dans cette perspective, l'un des motifs de discrimination pourra être perçu comme aggravant, ce qui suggère une construction de type discrimination principale et discrimination accessoire (mais aggravante). Une telle démarche ne présentera cependant un intérêt pratique que si la législation en vigueur reconnaît et sanctionne ce caractère aggravé, ce qui est rarement le cas à l'heure actuelle¹¹³⁰.

Finalement, c'est la notion de discrimination par intersection qui pose problème en tant qu'elle implique que la victime subit une expérience singulière de discrimination, non réductible à l'addition de deux ou plusieurs motifs. Dans le cas, par exemple, d'une femme handicapée qui se verrait refuser une promotion par son employeur, on peut se demander si elle a été discriminée en tant que femme ou en tant qu'handicapée ou bien en raison d'une combinaison des deux motifs. Mais il s'avère très délicat en pratique d'établir cette combinaison. Que se passera-t-il, en effet, si l'employeur démontre que, dans une telle situation, il a ou aurait promu un homme handicapé et qu'il a ou aurait promu une femme valide ? Si on en reste à l'approche « distributive » évoquée plus haut, le tribunal en tirera comme conclusion que cet employeur traite les handicapés comme les valides et n'est pas non plus suspect d'attitude sexiste. Aucune discrimination prohibée ne pourra donc lui être imputée. Pourtant, certes de manière paradoxale, cette double justification de la part de l'employeur pourrait bien révéler l'existence d'un préjugé particulier contre les femmes handicapées si, à qualifications égales, il préfère promouvoir un homme handicapé ou une femme valide. Au fond, rechercher l'existence ou la manifestation d'une discrimination par intersection revient à mettre en évidence certains types de préjugés particuliers qui déterminent certains actes dans une société donnée.

¹¹³⁰ MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 585

En ce point, il est décevant que la Cour de justice de l'Union Européenne ait statué, le 24 novembre 2016,¹¹³¹ que les articles 2 et 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 doivent être interprétés en ce sens qu'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal n'est pas susceptible d'instituer une discrimination fondée sur l'effet combiné de l'orientation sexuelle et de l'âge, lorsque ladite réglementation n'est constitutive d'une discrimination ni en raison de l'orientation sexuelle ni en raison de l'âge, isolément considérés.

La tâche du juge n'est pas simple et cela suppose une vigilance toute particulière, comme le montre le cas *Jefferies v. Harris County Community Action Association* jugé *aux États-Unis* par une Cour d'appel en 1980.¹¹³² La demanderesse était une femme noire qui estimait avoir été victime d'une discrimination dans son emploi. Elle briguaient une promotion et il y avait deux postes vacants. Au moment de postuler, elle avait appris que l'un de ces postes avait été officieusement attribué à un des ses collègues masculin et noir, ce qui avait motivé sa plainte initiale. Or, il se trouve que ces postes avaient précédemment été occupés par une femme blanche et un homme noir. Pour cette raison, le tribunal de première instance avait rejeté la discrimination sexuelle et la discrimination raciale.

Néanmoins, la Cour d'appel a considéré qu'il pouvait y avoir une discrimination intersectionnelle de race et de sexe. Le juge a accueilli l'argument de la demanderesse selon lequel un employeur ne saurait échapper à sa responsabilité en raison d'une discrimination contre les femmes noires en démontrant qu'il ne discrimine pas les noirs et qu'il ne discrimine pas les femmes. Le juge estime que la discrimination contre les femmes noires peut exister même en l'absence de discrimination contre des hommes noirs ou des femmes blanches.

Les choses semblent donc plus avancées outre-Atlantique, du moins pour ce qui est de la combinaison entre sexe et race. Le juge est invité à se montrer attentif à la situation concrète des femmes de couleur, ce qui conduit à les reconnaître comme un sous-groupe spécifique et distinct à protéger en vertu de la législation générale prohibant les discriminations dans l'emploi. Reste cependant à déterminer quels types d'indices de discrimination intersectionnelle doivent être établis par le demandeur pour entraîner le déplacement de la charge de la preuve.

¹¹³¹ CIUE affaire David Parris C- 443/2015

¹¹³² *Jefferies v. Harris County Community Action Association*, 615 F.2d 1025, United States Court of Appeals (Fifth Circuit), April 21, 1980.

D'ailleurs, il est remarquable que la Cour de justice de l'Union européenne a aussi statué le 24 novembre 2016¹¹³³ que les articles 2 et 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 doivent être interprétés en ce sens qu'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal n'est pas susceptible d'instituer une discrimination fondée sur l'effet combiné de l'orientation sexuelle et de l'âge, lorsque ladite réglementation n'est constitutive d'une discrimination ni en raison de l'orientation sexuelle ni en raison de l'âge, isolément considérés.

E. Les problèmes conceptuels: la discrimination multiple et la dignité humaine

L'un des objectifs de la législation sur l'égalité est la protection de la dignité humaine.¹¹³⁴ Si, toutefois, le droit de la discrimination impose sa propre notion d'identité sur les individus, cela va saper les valeurs mêmes qu'il est destiné à respecter. Il y a deux façons dont le droit de la discrimination peut le faire. Tout d'abord, il faut une victime à se placer à l'appui de ses plaidoiries, dans une catégorie (noir / Asie/femme/homme). Au cas où les catégories disponibles ne reflètent pas la perception du demandeur de son identité, il sera tenu de décrire son identité en termes avec lesquelles il ne peut pas s'identifier. Le législateur indique ainsi que son identité véritable n'est pas évaluée par la société, car elle ne mérite pas la protection contre la discrimination.

Deuxièmement, la loi sur la discrimination, qui fait catégories de ceux qu'il cherche à protéger, va encourager les décideurs de la politique à percevoir les personnes qu'ils servent en termes de catégories définies par la loi.

Les politiques résultant par référence à des notions artificielles d'identité sont susceptibles d'exercer des pressions sur leurs sujets de protection à vivre selon ces notions. Les gens vont essayer de s'intégrer dans les catégories qui ont influencé la conception de ces politiques, afin d'obtenir le bénéfice de ces politiques.

¹¹³³ affaire David Parris C- 443/2015

¹¹³⁴ UCCELLARI PAOLA « Multiple discrimination: How Law can Reflect Reality », The Equal Rights Review, vol. One (2008).

Ainsi, si le droit de la discrimination est susceptible d'influencer le sentiment de soi des gens, il doit être conçu de telle sorte que les notions d'identité qu'il protège reflètent l'expérience humaine. Les régimes juridiques d'égalité qui catégorisent les identités de personnes et exigent un traitement séparé de chaque caractéristique protégée échoueront nécessairement à refléter le sentiment d'identité des gens parce qu'ils sont basés sur l'hypothèse que les groupes protégés sont objectivement identifiables, mutuellement incompatibles et dotés d'homogénéité interne. L'échec de traiter la discrimination intersectionnelle est, en fait, un seul symptôme de cette approche défectueuse. En ce point, il est utile d'examiner la distance qui sépare l'approche catégorielle de l'identité et le sens de l'identité selon l'expérience humaine.

La catégorisation implicite de l'identité, dans la structure actuelle de la législation sur l'égalité, reflète la construction par la société de l'identité, et non l'expérience réelle de l'individu. Un participant à l'étude « Repenser l'identité¹¹³⁵ » a dit aux chercheurs : « je ne me considère pas comme une personne ayant une déficience. Ce n'est que les autres personnes qui me voient comme ça. »

La loi attribue efficacement des étiquettes aux personnes qu'elle traite comme objectives de manière qu'elle encourage la société à le faire également. Cette situation est dévalorisante pour l'individu et désastreuse pour la dignité humaine. Sur cette base, c'est le système de catégorisation lui-même qui doit être contesté si l'on admet que la loi ne peut pas être orientée de manière à porter atteinte à la dignité humaine.

Même si le système de catégorisation a été accepté comme pratique indésirable mais nécessaire, les étiquettes habituellement disponibles par le droit de l'égalité sont inappropriées. Ce décalage entre les étiquettes disponibles et l'expérience individuelle est encore plus grand pour les victimes de discrimination multiple. En sélectionnant des catégories incompatibles pour définir des groupes, la loi sur l'égalité sert à exagérer les différences entre les groupes et ignore les différences au sein des groupes.¹¹³⁶

Cela ne reflète pas le sens de l'individu de sa propre identité complexe pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il n'y a pas de ligne de démarcation claire entre les

¹¹³⁵ Zappone Katherine (ed) « Rethinking identity » : the Challenge of Diversity, Commissioned by the Joint Equality and Human Rights Forum 2003 available at www.equality.ie/getFile.asp?FC_ID=148&docID=75>accessed 12 December 2007 (Rethinking identity)

¹¹³⁶ FREDMAN SANDRA, « Equality : A New Generation ? », Industrial Law Journal 2001 Vol. 30 , p. 145, at p. 158.

motifs. Ainsi, par exemple, l'origine ethnique est intimement liée à la religion.¹¹³⁷ Deuxièmement, les motifs ne sont pas en effet incompatibles. Les gens ne sont pas handicapés ou gay, mais peuvent être les deux à la fois.

Les individus ne se considèrent pas comme extrêmement défini par leur sexe ou leur race, mais comme un ensemble complet. Enfin, une approche qui invisibilise les différences au sein des groupes signifie que les motifs sont « définis comme fixant des entités immuables.¹¹³⁸ » Cependant, les personnes au sein d'un groupe ne sont pas toutes les mêmes.

Ainsi, même lorsque les personnes partagent les mêmes identités multiples, posséder des caractéristiques qui constituent ces identités ne signifie pas la même pour chaque personne au sein du groupe. Pour certaines personnes, une identité peut fonctionner plus fortement qu'une ou plusieurs autres identités. Les gens peuvent signaler un aspect de leur identité dans un contexte et un autre aspect dans un autre contexte.

À ce point aussi, nous voyons que même s'il était possible de proposer des étiquettes plus nuancées et, de ce fait, applicables en théorie, la pratique de l'étiquetage resterait inadmissible.¹¹³⁹ Ainsi, le régime des catégories de droit de l'égalité échoue de reconnaître la discrimination multiple parce qu'il distingue l'expérience vécue de l'identité des personnes.

F. La pauvreté : un facteur déterminant des inégalités sociales et, en même temps, cause sous-jacente de la discrimination

Une inégalité sociale correspond à une différence de situation des individus en raison des ressources qu'ils détiennent (éducation, revenus, capital social, etc.) ou de pratiques (santé, logement, situation d'emploi, etc.) qui peuvent être classées hiérarchiquement. On a déjà vu qu'une discrimination est une différence de traitement fondée sur un critère illégitime et donc prohibé (âge, sexe, handicap, etc.). Les

¹¹³⁷ FREDMAN SANDRA, « Equality : A New Generation ? », *Industrial Law Journal* 2001 Vol. 30 , p. 158.

¹¹³⁸ FREDMAN SANDRA, « Equality : A New Generation ? », *Industrial Law Journal*, 2001, vol. 30, p. 158.

¹¹³⁹ UCCELLARI PAOLA « Multiple discrimination: How Law can Reflect Reality », *The Equal Rights Review*, vol. One (2008).

discriminations produisent des inégalités, mais les inégalités ne sont pas uniquement la conséquence de discriminations.

En pratique, il est souvent difficile de démêler ce qui relève de la discrimination entre individus du fait de certaines de leurs caractéristiques et ce qui relève des inégalités entre leurs milieux sociaux d'origine. Par exemple, si les personnes d'origine étrangère sont plus souvent au chômage que les personnes d'origine du pays d'accueil, cela tient d'une part à une discrimination à l'embauche mais aussi à une inégalité de niveau de qualification, le taux de chômage étant plus élevé pour les peu diplômés. Les deux effets se cumulent.

En outre, la pauvreté est le facteur le plus décisif des inégalités sociales. Il convient de souligner l'existence d'un lien entre la pauvreté et le chômage et l'expérience de la discrimination car les personnes vulnérables à la discrimination sont également souvent pauvres et sans emploi.

Dans le document de l'Union européenne sur la discrimination multiple une personne a parlé de: « 'cercle vicieux' dans lequel se trouvent certains groupes de personnes qui ne peuvent obtenir de travail parce qu'elles sont pauvres et appartiennent à la communauté rom, souvent perçue comme paresseuse, ce qui fait qu'elles ne trouvent pas d'emploi alors qu'elles veulent travailler. Elles restent donc pauvres et doivent recourir à d'autres moyens de subsistance, ce qui passe souvent par la criminalité, et le cercle vicieux recommence.¹¹⁴⁰ »

Ainsi, une personne pauvre est bien souvent doublement discriminée, par des capacités de travail réduites et des déficiences sociales associées. Elle a généralement un bas niveau de formation initiale et de qualification, une faible capacité d'insertion immédiate dans l'emploi. À ceci s'ajoute, parfois, une dévalorisation de soi et un enfermement dans une logique d'exclusion, voire, de marginalisation.

Bien qu'on a longtemps mis en avant les inégalités sociales et sous-estimé les discriminations, désormais on fait l'inverse : on se concentre uniquement sur la

¹¹⁴⁰ (ONG, Roumanie) Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, «Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », Document achevé en septembre 2007.

discrimination, abandonnant la politique d'égalité, souvent au nom de la « diversité. » Mais, l'accent mis sur les discriminations a tendance à masquer les mécanismes sociaux qui produisent les inégalités. La politique d'égalité permet de prévenir la discrimination. Lorsque l'État ne met pas en œuvre une politique d'égalité, il provoque la pauvreté, les inégalités dans l'éducation et les phénomènes de discrimination sont en hausse.

Ne traiter que de la lutte contre la discrimination, a pour effet de se pencher sur une seule partie de la population, celle des non-pauvres car, en effet, les personnes pauvres n'atteignent pas le niveau de comparaison en raison du manque d'instruction et, donc, de compétences.

Mais, même si elles atteignent le niveau de comparaison, elles sont souvent incapables de bénéficier de la protection de la loi contre la discrimination à cause des catégories étroites actuellement protégées. D'ailleurs, on peut imaginer des situations où la classe sociale pourrait être le facteur déclencheur qui conduit à une discrimination fondée sur d'autres motifs. Même si une personne jeune, noire, handicapée, transsexuelle de la classe moyenne pourrait ne pas subir de discrimination, une personne jeune, noire, handicapée et transsexuelle de classe inférieure pourrait bien en subir.¹¹⁴¹ Par conséquent, la protection contre la discrimination intersectionnelle est particulièrement importante pour les personnes qui sont sans aucun doute l'objet de discrimination.

Cependant, il convient de ne pas oublier que l'identification de quelques coupables de discrimination ne doit pas occulter le problème plus global des inégalités sociales, dont la responsabilité incombe à l'ensemble de la société. Le défi de nos sociétés est de lutter à la fois contre les discriminations et les inégalités sociales, avec les outils du droit contre les discriminations et des politiques économiques et sociales contre les inégalités.

Remarques de conclusion

Il semble aujourd'hui difficile d'envisager une théorie générale de la discrimination multiple en droit, sauf à ne prendre en considération que le schéma simplifié de la discrimination additionnelle et à considérer que, lorsque plusieurs motifs

¹¹⁴¹ UCCELLARI PAOLA « Multiple discrimination: How Law can Reflect Reality », *The Equal Rights Review*, vol. One (2008).

de discrimination s'additionnent, il convient d'appliquer une sanction plus sévère. La prise en compte de la notion de discrimination par intersection demeure, quant à elle, particulièrement délicate. Une raison en est que les combinaisons théoriquement possibles entre différents motifs de discrimination ne renvoient pas à une « expérience standard » de la discrimination.¹¹⁴²

Ces difficultés ne pourront être éventuellement dépassées que si on s'entend sur une définition rigoureuse de la notion de discrimination multiple, ce qui revient à déterminer les intérêts que le droit entend protéger. Or, pour l'heure, les choses semblent encore bien floues et le droit comparé suggère que des voies différentes peuvent être empruntées : d'un côté, celle de l'empirisme anglo-saxon consistant à identifier au préalable des groupes ou des sous-groupes sociaux à protéger pour des raisons particulières (par exemple, les femmes de couleur), d'un autre côté, celle du rationalisme d'Europe continentale qui tend à rechercher un cadre conceptuel général et unifié. Face aux difficultés conceptuelles et techniques relevées, il est tentant de ne voir dans le sujet des discriminations multiples qu'un effet de mode, une sophistication superflue, un discours auquel le droit peut demeurer relativement imperméable.

Pourtant, si l'on s'accorde sur l'idée que la discrimination multiple constitue une atteinte particulière à la dignité de la personne, cela doit se refléter sur la sanction juridique adéquate. Au plan européen, le droit de l'Union devrait au moins proposer un cadre d'action, quitte à laisser aux droits nationaux une marge d'autonomie quant aux formes et aux moyens de sa mise en œuvre.¹¹⁴³

Chapitre II : Suggestions et Recommandations sur la meilleure façon d'aborder la question de la discrimination dans sa globalité

Section 1 : L'adoption d'une approche multidimensionnelle et d'une appréciation de la situation individuelle du travailleur dans son entourage, prévue dans le régime de protection contre la discrimination fondée sur le handicap

Remarques préliminaires

¹¹⁴² MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 585.

¹¹⁴³ MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 585.

Dans cette étude, nous avons examiné les différents régimes de protection contre les discriminations fondées sur le handicap, sur l'état de santé ainsi que les discriminations multiples. Nous avons vu que la législation contre la discrimination fondée sur le handicap a apporté des solutions là où la protection contre la discrimination fondée sur l'état de santé n'est pas réglementée. Mais, ce régime de protection contre la discrimination fondée sur le handicap peut également conduire à des solutions portant sur la reconnaissance de la discrimination multiple et la protection contre celle-ci, grâce à l'approche individuelle et à l'évaluation du contexte qu'il exige.

A. La nécessité d'apprécier la situation individuelle du travailleur, déjà relevée dans la détermination du handicap indiquée par la CJUE

Il est clair que, pour éviter les problèmes d'une approche catégorielle, il convient d'adopter une approche individuelle. Cela signifie que la loi doit obliger le juge d'apprécier la situation individuelle de la personne et les effets précis d'un traitement afin de statuer si ce traitement est discriminatoire et non plus d'insister sur des catégories abstraites et des généralisations. Actuellement, en considérant les motifs de la discrimination plutôt que son impact, la loi risque d'être éloignée et déconnectée du vécu véritable des gens ordinaires.

Il est remarquable que la détermination de ce qui constitue un handicap, indiquée par la Cour de Justice de l'Union européenne inclut une appréciation de la situation individuelle de la personne. En effet, afin de se prononcer sur la question de savoir s'il s'agit d'un cas de discrimination fondée sur le handicap, elle examine si le handicap déclaré par le requérant peut faire obstacle à la pleine et effective participation de cette personne à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs et elle ne se limite pas à une considération des restrictions ou des conditions biomédicales, évitant de cette façon de mettre la personne dans une catégorie abstraite de la notion du handicap.

Ainsi, nous avons vu que dans son arrêt Chacón Navas de 2006 (affaire C-13/05), la Cour de justice a considéré qu'il y a lieu de distinguer les notions de maladie et d'handicap, au sens de la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, en définissant le handicap comme étant une entrave à la participation d'une personne à la vie professionnelle pour une longue durée. Aussi, il n'y a pas de doute que, dans l'affaire

Coleman,¹¹⁴⁴ la Cour a apprécié la situation individuelle de l'employée. En effet, qu'elle a jugé que l'interdiction de discrimination directe établie par la directive s'applique également aux personnes qui ne présentent pas de handicap. Dans cette affaire, après avoir examiné les faits et la situation précise de la demandeuse, la Cour a conclu que si un employé est traité de manière moins favorable qu'un autre parce que son enfant est handicapé, alors le cas relève de la directive.

Dans l'arrêt *Ring et Werge*, rendu le 11 avril 2013 (affaires C-335/11 et C-337/11), la Cour de justice a d'abord rappelé qu'au sens de la Convention de l'ONU, la notion d'handicap est considérée comme étant une notion évolutive qui résulte d'une interaction entre des personnes présentant des incapacités et des barrières comportementales et environnementales, qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société, sur la base de l'égalité avec les autres membres de celle-ci (pt 37).

En outre, dans l'affaire C-354/13¹¹⁴⁵, la Cour de Justice de l'Union européenne a statué sur les questions préjudicielles de la justice danoise portant notamment sur le fait de savoir si l'obésité peut être examinée comme un motif indépendant de discrimination et si elle peut être considérée comme constituant un handicap. La Cour a, en premier lieu, relevé qu'aucun principe général du droit de l'Union européenne ne contient une interdiction de discrimination fondée sur l'obésité en tant que telle. Cependant, la Cour explique ensuite que l'obésité peut « relever de la notion de handicap », à condition, précise-t-elle, que « dans des circonstances données, l'état d'obésité du travailleur entraîne une limitation » qui « peut faire obstacle à la pleine et effective participation de cette personne à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs et si cette limitation est de longue durée. » « Tel serait notamment le cas si l'obésité du travailleur » entraînait « une mobilité réduite ou la survenance de pathologies l'empêchant d'accomplir son travail ou entraînant une gêne dans l'exercice de l'activité professionnelle », a précisé la Cour.

L'on peut conclure des arrêts susmentionnés, que la Cour de Justice de l'Union européenne n'a pas tenu pour suffisant de constater une limitation durable dont souffre la personne déclarée handicapée, mais elle a apprécié la situation individuelle de la

¹¹⁴⁴ Affaire C-303/06 Arrêt de la Cour (grande chambre) du 17 juillet 2008 (demande de décision préjudicielle de l'Employment Tribunal - Royaume-Uni) - S. Coleman / Attridge Law, Steve Law.

¹¹⁴⁵ Arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne prononcé le 18 décembre 2014 sur un cas danois (affaire C -354 -13 – « Fag og Arbejde » contre « Kommunernes Landsforening »).

personne, examinant si le handicap pouvait faire obstacle à la pleine et effective participation de cette personne à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs.

Cependant, il convient de noter les affaires C-167/12¹¹⁴⁶ et C- 363/12¹¹⁴⁷ où la Cour de Justice de l'Union européenne s'est prononcée sur la question de savoir si une mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse a droit à un congé de maternité. La Cour a statué que « l'attribution d'un congé de maternité sur le fondement de l'article 8 de la directive 92/85/CE suppose que la travailleuse en bénéficiant ait été enceinte et ait accouché de l'enfant. » Pour parvenir à cette conclusion, les juges européens s'appuient sur l'objectif de la directive 92/85/CE de promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, statuant au même temps que la directive interdisant toute discrimination fondée sur le sexe en matière d'emploi (2006/54 CE) et la directive en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (2000/78 CE) ne peuvent pas être appliquées dans ces affaires.

Mais, dans ces affaires, la Cour n'a pas considéré la situation individuelle des plaignantes. Plus précisément, au-delà de l'interprétation extensive de la directive 92/85/CE, demandée par les plaignantes, qui n'est pas l'objet de la thèse présente, en ce qui concerne les affirmations des plaignantes sur la violation de la directive 2006/54 CE interdisant toute discrimination fondée sur le sexe en matière d'emploi, la Cour a considéré que le refus par l'employeur d'accorder le congé de maternité ne constituait pas une discrimination fondée sur le sexe puisqu'un père commanditaire était traité de la même manière qu'une mère commanditaire dans une situation comparable et que le refus ne désavantageait pas plus les travailleurs féminins que les travailleurs masculins. Néanmoins, dans plusieurs affaires¹¹⁴⁸, la Cour a jugé que les femmes qui prennent un congé de maternité en vertu de la directive 92/85 sont dans une situation particulière, ce qui nécessite l'octroi d'une protection spéciale, et cette situation n'est pas comparable à celle d'un homme.

¹¹⁴⁶ L'affaire C-167/12 CJUE, ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par l'Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne (Royaume-Uni), par décision du 29 mars 2012, parvenue à la Cour le 3 avril 2012,

¹¹⁴⁷ L'affaire C-363/12 Z / CJUE, Government Department and the Board of Management of a Community School

¹¹⁴⁸ Par exemple C-471/08

Toutefois, en ce qui concerne la maternité dans le cadre d'une gestation pour autrui, la Cour semble changer l'évaluation ci-dessus et accepter que la situation du père qui, ayant eu un enfant en vertu d'une convention de mère porteuse, est comparable à la mère commanditaire et, par conséquent, il doit lui être réservé le même traitement que le père sans droit à des congés payés, étant donné que le père n'a pas ce droit. Mais, interprétant la directive de manière stricte, la Cour n'a pas apprécié la situation individuelle de ces mères commanditaires laquelle ne peut pas être comparable à celle d'un père commanditaire car la nature et les perceptions sociales veulent la femme - mère, qu'elle soit la mère biologique de l'enfant ou qu'elle ait eu un enfant en vertu d'une convention de mère porteuse, à développer avec son enfant une relation de proximité, de qualité, d'intensité et de structure différente de la relation entre le père et son enfant. Par conséquent, la situation de la mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse n'est pas comparable à la situation du père commanditaire.

D'ailleurs, l'on peut noter que si la Cour avait appliqué l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - qui interdit la discrimination en général et non pas seulement la discrimination sur la base de critères spécifiques - il n'aurait pas été nécessaire de procéder à la comparaison entre les critères énumérés. En effet, dans ce cas, l'on pourrait comparer entre une mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse et une mère biologique, car les deux sont dans une situation similaire et ont besoin de la même protection. Donc, dans ces affaires, l'on peut conclure à une discrimination sur la base de l'article 21 de la Charte. La Cour a renvoyé à l'article 21, mais a jugé que les autres articles de la Charte invoqués par la juridiction de renvoi ne sont pas liés à l'affaire en cours d'examen.

En outre, dans l'affaire C-363/12, mentionnée ci-dessus, bien qu'elle a répété que « le handicap doit être entendu comme visant non pas uniquement une impossibilité d'exercer une activité professionnelle mais également une gêne à l'exercice d'une telle activité... », la Cour a statué qu'il ne s'agit pas d'un cas de discrimination fondée sur le handicap parce que « l'incapacité d'avoir un enfant par des moyens conventionnels, en elle-même, ne constitue pas, en principe, un empêchement pour la mère commanditaire d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser. » Elle a également indiqué que le fait que la mère commanditaire s'occupe de l'enfant depuis sa naissance n'est pas de nature à remettre en cause la constatation que l'affection dont souffre la demandeuse

ne constitue pas un handicap. Toutefois, la Cour a conclu à cette décision bien évidemment ignorant la situation individuelle et, surtout, les conditions de vie de la mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse. En effet, dès lors que cette femme décide d'avoir un enfant et de contourner son affection par les moyens offerts par la science médicale et la loi, il est évident qu'elle devra faire face à de graves difficultés concernant son travail étant donné que les procédures de procréation médicalement assistée et la prise en charge de l'enfant auront affecté de manière significative son calendrier et le temps de travail, en général et, donc, elle a droit aux mesures d'adaptation prévues dans le régime de protection contre la discrimination sur le handicap¹¹⁴⁹. Ainsi, dans cette affaire, la Cour n'a pas appliqué, en effet, la définition de la notion du handicap qu'elle avait déjà donnée.

De ce qui précède concernant les affaires C-167/12 et C-363/12, l'on peut constater que les demandeuses étaient victimes de discrimination fondée sur le motif d'être mère non biologique, ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse, mais aussi de discrimination fondée sur le motif du handicap, c'est-à-dire de l'affection dont elles étaient atteintes, c'est-à-dire, de l'absence d'utérus ayant créé des difficultés au bon déroulement de leur carrière professionnelle lorsqu'elles ont décidé d'avoir un enfant en ayant recours aux solutions offertes par la médecine. Donc, il s'agit d'affaires où les demandeuses sont victimes d'une discrimination multiple mais, n'examinant pas leur situation individuelle, la Cour n'a constaté ni la discrimination fondée sur l'un des motifs susmentionnés ni la discrimination multiple.

Il résulte par la jurisprudence examinée que lorsque la Cour n'examine pas les affaires en adoptant une approche individuelle, il est possible de ne pas statuer la discrimination. Cela ne concerne pas seulement le motif du handicap mais aussi bien les autres motifs interdits et surtout les situations de la discrimination multiple.

Donc, la législation antidiscriminatoire doit contraindre les juges de reconnaître les nombreux aspects de l'identité de personnes, dans le cadre d'une approche individuelle, évitant la catégorisation des personnes sur la base des motifs énumérés.

¹¹⁴⁹ Nicolas Gavalas, la Revue grecque du Droit du travail, n° 73, 2014, p. 433.

B. La nécessité d'une approche multidimensionnelle / intersectionnelle

L'évaluation individuelle de la situation de la personne nous mène à conclure que les identités des personnes présentent plusieurs aspects susceptibles de constituer des motifs de discrimination.

Cependant, nous avons déjà vu que, dans la plupart des pays, la législation antidiscriminatoire traite chaque motif de discrimination séparément. Pour comprendre l'émergence de l'approche basée sur la prise en charge d'un seul motif de discrimination, Makkonen insiste sur le contexte historique et souligne que de manière séparée, les mouvements prenant en charge un seul motif de discrimination accordent leur attention et sensibilisent à un problème comme la discrimination fondée sur le sexe ou sur le handicap ou encore sur la race. Les mouvements prenant en charge un seul motif de discrimination « sont restés très éloignés les uns des autres » et, par conséquent, ont créé des instruments conventionnels séparés et élaboré des conventions distinctes¹¹⁵⁰.

Prenant en charge un seul motif de discrimination, indiqué dans ses dispositions, la législation antidiscriminatoire crée des catégories de ceux qu'elle cherche à protéger. Cette structure de la législation est basée sur l'hypothèse selon laquelle les catégories protégées sont objectivement identifiables, mutuellement incompatibles et dotées d'une homogénéité interne. Elle ne tient pas compte, en effet, du fait que les gens partageant un statut de protection peuvent différer à l'égard de leurs autres caractéristiques.

Ainsi, opérant selon le principe que toutes les personnes au sein d'un groupe protégé sont les mêmes¹¹⁵¹, la législation ne reconnaît qu'un seul aspect de l'identité d'une personne. En outre, si les catégories disponibles ne reflètent pas la perception que le demandeur a de son identité, il sera tenu de décrire celles-ci en des termes avec lesquels il ne peut pas s'identifier mais correspondant à une catégorie indiquée par la loi. Ainsi, le droit antidiscriminatoire impose sa propre notion d'identité sur les individus.

Il est utile, sur ce point, de considérer le divorce entre l'approche catégorielle de l'identité et l'expérience humaine. La catégorisation implicite de l'identité, dans la

¹¹⁵⁰Makkonen, Timo (2002), « Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore », Institute for Human Rights, Åbo Akademi University.

¹¹⁵¹UCCELLARI PAOLA « Multiple discrimination: How Law can Reflect Reality », The Equal Rights Review, Vol. One (2008).

structure actuelle de la législation sur l'égalité, reflète la construction par la société de l'identité, et non l'expérience réelle de l'individu. En effet, les motifs interdits de discrimination ne sont pas incompatibles mais présentent des interactions entre eux. Les gens ne sont pas handicapés ou gay, mais peuvent être les deux à la fois. Il convient de les considérer non pas comme extrêmement définis par leur sexe ou leur race, mais comme un ensemble intégré.

Par conséquent, la législation antidiscriminatoire, basée sur une approche unidimensionnelle et catégorielle, distinguant l'expérience vécue de l'identité des personnes, ne rend pas compte de la situation des personnes qui présentent des caractéristiques particulières pouvant les exposer à plusieurs discriminations.

Comme précité, en appliquant la législation nationale et européenne contre les discriminations, la plupart des juridictions nationales indiquent que chaque motif doit être examiné séparément, même si le demandeur a des expériences inextricablement liés. Du fait de cette approche unidimensionnelle adoptée par les tribunaux, les avocats prennent en considération dans leurs plaintes le motif le plus fort et le plus souvent reconnu par la jurisprudence et ignorent les autres aspects¹¹⁵². Mais le motif le plus fort n'est pas toujours suffisant pour qualifier une discrimination. Nous avons déjà relevé que les femmes noires et celles issues de minorités ethniques peuvent être confrontées à une discrimination fondée sur la race ou à une discrimination fondée sur le sexe ou à ces deux formes de discrimination, et être confrontées en même temps à des obstacles en raison de leur race ou du fait qu'elles sont des femmes sur le marché du travail.¹¹⁵³ Quelques exemples de traitement discriminatoire où la revendication des demandeurs ne peut être liée à une seule caractéristique sont les suivants : (1) une femme noire servant dans les forces armées qui se voit refuser la promotion, (2) une femme musulmane se voit refuser un emploi parce qu'elle n'est pas autorisée à porter un foulard au travail, (3) un homme séropositif gay est licencié de son travail en tant que porteur dans une maison de soins d'une fondation religieuse. Dans chaque situation, il est évident que la personne peut avoir subi une discrimination fondée sur plus d'un motif. Toutefois, en vertu de la législation actuelle, la totalité de leur expérience ne peut être convenablement décrite que par un seul aspect de leur identité.

¹¹⁵²MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 585

¹¹⁵³Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, « Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », document achevé en septembre 2007.

Ainsi, le cadre juridique actuel, ne cherchant pas à analyser les interactions entre les motifs, échoue à répondre aux besoins des victimes de discrimination multiple. Ce résultat est qualifié de « paradoxal » car « plus une personne s'éloigne de la norme, plus elle risque de subir une discrimination multiple et moins elle a de chances d'obtenir une protection¹¹⁵⁴ ».

Par conséquent, dans la rédaction et l'application des lois d'égalité de traitement, il est important de donner aux juges l'occasion de comprendre et de reconnaître dans l'évaluation individuelle des personnes, les aspects multiples de l'identité des personnes et ses particularités¹¹⁵⁵.

Il est remarquable à ce point que la Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées introduit l'interdiction formelle des discriminations multiples à l'égard des femmes et des enfants handicapés (articles 6 et 7) et prévoit que les États parties à la Convention prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer aux personnes handicapées des formes spéciales d'assistance adaptées au sexe et à l'âge (article 16). Aussi, à son préambule elle fait référence aux difficultés que rencontrent les personnes handicapées qui sont exposées à des formes multiples ou aggravées de discrimination. De cette manière la Convention reconnaît et interdit la discrimination multiple fondée sur plus d'un motif en adoptant une approche multidimensionnelle.

Il résulte par la jurisprudence ci-dessus mais aussi par la Convention relative aux droits des personnes handicapées que, le vécu de la discrimination doit être abordé selon une approche multidimensionnelle et surtout intersectionnelle plutôt que selon une approche basée sur la prise en charge d'un seul motif de discrimination.

Sur cette base, c'est le système de catégorisation lui-même qui doit être contestée en tant que totalement inadéquat pour reconnaître le sens réel de l'identité des personnes et, en conséquence, la discrimination fondée sur plus d'un motif, qui interagissent les uns avec les autres de telle manière qu'il est impossible de les dissocier.

Nous pouvons déduire de ce qui précède que l'approche multidimensionnelle et, surtout, intersectionnelle de l'égalité, basée sur une évaluation de la situation

¹¹⁵⁴ Fredman Sandra (2005), «Un double problème: la discrimination multiple et la législation de l'Union européenne», *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 2, p. 14.

¹¹⁵⁵ GERARDS Janneke, *Discrimination Grounds*, in: D. Shiek / L. Waddington/M. Bell (eds.), *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford and Portland, 2007, p. 31-184

individuelle de la personne, est en mesure de promouvoir une approche plus globale de l'identité humaine.

C. La nécessité d'apprécier la situation individuelle du travailleur dans son contexte propre

Nous avons vu que, dans la plupart des pays, afin d'évaluer la question de savoir si une personne a été victime de discrimination, les juges examinent un seul aspect de celle-là, la soumettant à une catégorie préconisée dans la loi et ils n'examinent ni les autres aspects de l'identité de la personne ni l'attitude de son entourage.

Cependant, au-delà de la nécessité d'examiner la situation individuelle de la personne, en appréciant tous aspects de l'identité de la personne susceptibles d'interagir et de créer une situation de discrimination interdite (comme nous l'avons souligné au paragraphe précédent), les juges doivent également examiner, dans son ensemble, le contexte de la situation de la personne, car les personnes peuvent signaler un aspect de leur identité dans un contexte et un autre aspect dans un autre. Aussi, un contexte peut créer une situation discriminatoire seulement pour quelques personnes.

Selon Solanke Iyola,¹¹⁵⁶ il convient de remplacer totalement l'idée de l'immutabilité, qui est au cœur de la législation antidiscriminatoire, en faveur d'un principe d'évaluation du contexte.

En ce qui concerne l'idée de l'immutabilité, elle a été exprimée dans le cadre des débats qui se sont déroulés en Grande-Bretagne dans les années 1960 ainsi qu'aux États-Unis où les tribunaux et la doctrine ont reconnu l'immutabilité en tant que justification centrale de l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁶ SOLANKE IYOLA, Multiple Discrimination in Britain: Immutability and its Alternative, Paper delivered to the ERA, 13-14 September 2010

¹¹⁵⁷ *Earwood v. Cont'l Se. Lines, Inc.*, 539 F.2d 1349, 1351 (4th Cir. 1976), (Jugeant que le règlement de l'employeur interdisant les cheveux longs ne viole pas le titre VII parce que « les cheveux longs ne sont pas une caractéristique immuable »), *Willingham v. Macon Tel. Publ'g Co.*, 507 F.2d 1084, 1091 (5th Cir. 1975) estimant que le titre VII interdit toute discrimination fondée sur les « caractéristiques immuables, comme la race et l'origine nationale, *Baker v. Cal. Land Title Co.*, 507 F.2d 895, 897 (9th Cir. 1974) estimant que le titre VII traite de la discrimination fondée sur les caractéristiques que « le requérant n'a pas le pouvoir de modifier », *Fagan v. Nat'l Cash Register Co.*, 481 F.2d 1115, 1125 (D.C. Cir. 1973) Le Congrès a déclaré que l'absence d'exercice de cette responsabilité peut entraîner une privation discriminatoire de l'égalité des chances en raison de la race immuable, l'origine nationale, la couleur ou la classification du sexe. *Debbie N. Kaminer, Religious Conduct and the Immutability Requirement: Title VII's Failure To Protect Religious Employees in the Workplace*, 17 VA. J. SOC. POL'Y & L. 453, 454 (2010) Les tribunaux fédéraux distinguent explicitement entre les traits mutables et immuables au moment de trancher la plupart de cas au Titre VII. Ce faisant, les tribunaux ont

L'affaire *Rogers contre American Airlines*¹¹⁵⁸ est un exemple où la Cour suprême des États-Unis a fondé sa décision sur la notion de l'immutabilité. Dans cette affaire, une employée a fait valoir que la politique d'American Airlines interdisant les coiffures tressées constituait une discrimination spécifiquement contre elle car elle était une femme noire. Elle a soutenu que la politique vestimentaire qui interdit les tresses était indirectement discriminatoire contre les femmes noires parce que les tresses ont été, historiquement, une mode et un style adopté par les femmes noires américaines, reflétant leur culture et leur essence historique dans la société américaine. Le tribunal fédéral a refusé toute relation interactive entre la race et le sexe et a estimé que, en tout premier lieu, Rogers ne pouvait pas démontrer que les tresses étaient liées spécifiquement aux femmes noires car Bo Derek en avait porté dans le film «10» et que, d'autre part, contrairement au fait d'être une Afro-américaine, qui constitue une caractéristique immuable, les tresses sont des caractéristiques mutables, car elles pourraient être facilement changées.

Donc, il était, depuis longtemps, soutenu que la loi contre la discrimination a pour mission de protéger ce que les personnes sont plutôt que ce qu'elles choisissent. Mais, parfois, les choix des personnes ne sont-ils pas des éléments de leur identité ?

Sur ce point, Solanke Iyola¹¹⁵⁹ explique que la législation antidiscriminatoire doit quitter l'idée de l'immutabilité et devenir plus contextualisée afin de protéger les identités sociales des personnes. Il souligne que ceci peut être obtenu si l'on remplace l'idée d'immutabilité par une évaluation du contexte, en utilisant la notion de la stigmatisation. Selon lui, il n'y a aucune raison pour laquelle la protection juridique contre la discrimination soit organisée sur la base de catégories. Si la création de « caractéristiques protégées » a été inspirée par la logique de la stigmatisation plutôt que celle de l'immutabilité¹¹⁶⁰, la loi contre la discrimination pourrait aller au-delà de l'appréciation limitée actuelle, vers un remède plus global.

régulièrement jugé que les traits mutables ne donnent pas lieu au droit à une protection en vertu du titre VII, et les plaignants ne gagnent que rarement dans ces cas.

¹¹⁵⁸ V. *Rogers v. American Airlines*, 537 F. Supp. 229 (S.D.N.Y.1981). (Discussed in D. W. Greene (2008) 'Title VII: What's Hair (and other race based characteristics) got to do with it?' *University of Colorado Law Review*, Vol. 79, 1355).

¹¹⁵⁹ SOLANKE IYOLA, Multiple Discrimination in Britain: Immutability and its Alternative, Paper delivered to the ERA, 13-14 September 2010

¹¹⁶⁰ Lenhardt 2004; Solanke 2008

Les stigmates sont, par définition, basés sur le contexte. Ils sont socialement déterminés et maintiennent cette détermination. Bien qu'il s'agisse d'une notion imprécise, un stigmate est un attribut, pas nécessairement immuable, qui discrédite et dévalorise profondément d'une manière qui « ternit » l'ensemble de l'identité d'un individu. La stigmatisation est l'imposition sociale d'une corrélation négative avec un attribut personnel qui permet la remise en cause de la capacité d'une personne. Tous les autres traits, y compris les capacités, « sont subordonnés ou annulés par ce trait, qui est considéré par la société comme le plus significatif de l'identité « réelle » de l'individu. » La stigmatisation est le mécanisme par lequel l'humanité de la personne est réduite et qui justifie la réduction ou la suppression des opportunités et des chances d'une personne. Un certain nombre de stigmates peuvent être immuables, ils peuvent se rapporter à l'intégrité physique, au caractère ou à des traits de personnalité. Les stigmates peuvent concerner une personne individuelle ou un groupe.

Afin de se concentrer sur les stigmates, il convient d'accorder la priorité à l'intérêt social, parce qu'ils ne peuvent pas être examinés séparément et indépendamment de la structure économique et sociale d'une société. En effet, ils vont au-delà des politiques d'identité et des attitudes individuelles pour pointer vers le rôle de la société sur la discrimination quotidienne. Il est nécessaire de restaurer le lien entre la discrimination et la société parce qu'elle doit constituer un point de référence fixe pour la législation antidiscriminatoire. Si la législation contre la discrimination est séparée de la société elle peut perdre sa raison d'être et acquérir rapidement un rôle opposé, renforçant la discrimination. De plus, il ne serait pas nécessaire de modifier les caractéristiques protégées actuelles, mais l'utilisation de cette logique aboutirait à la création de nouvelles caractéristiques protégées dans le cadre de la lutte contre la discrimination.

D'ailleurs, en vertu du droit contre la discrimination, tous les stigmates ne peuvent pas être des caractéristiques protégées. En ce sens, la législation antidiscriminatoire pourrait se concentrer sur les stigmates qui sont considérés par la société comme une mesure punitive plutôt que simplement négative¹¹⁶¹, qui créent une différence significative par rapport à l'accès et l'acquisition de ressources dans des secteurs clés tels que la santé, le logement, l'éducation, la formation et l'emploi et dont, en fin de compte, il est difficile pour les personnes d'échapper.

¹¹⁶¹ Nussbaum 2004: 176

Solanke Iyola recommande l'utilisation de la logique de stigmatisme mais ne suggère pas une approche complètement nouvelle de la législation contre la discrimination. Il est à la recherche d'une logique de solution alternative qui consolide l'évaluation du contexte et qui ne soit pas centrée sur la connaissance de la discrimination intersectionnelle.

Toutefois, afin de traiter les demandes intersectionnelles, les tribunaux devront également adopter une nouvelle approche de sorte que le contexte puisse constituer une partie intégrante de la prise de décision judiciaire.

En Grande-Bretagne, la nécessité de considérer le contexte dans la détermination de la discrimination a été suggérée par Lord Griffith dans l'affaire *James v. Eastleigh Borough Council*¹¹⁶² où il a fait valoir que le motif du traitement différent n'était pas le sexe différent, mais le bien-être économique différent. À son avis, le contexte de la règle litigieuse a été déterminé par la réalité économique - ceux qui vivent avec une pension étaient généralement moins aisés que ceux qui travaillent. Placée dans ce cadre social, il n'y avait pas de discrimination sexuelle même si M. James était toujours membre du groupe protégé.

La Cour suprême du Canada a également fourni un exemple de l'utilisation du contexte social. En 1997, elle a confirmé le jugement initial du juge Corrine Sparks qui prononça l'acquittement d'un jeune noir¹¹⁶³ des accusations d'agression contre un policier blanc lors de l'arrestation d'un autre jeune. L'affaire avait été renvoyée à la Cour suprême parce que, après avoir procédé au jugement, le juge Sparks avait fait des commentaires généraux sur les relations tendues entre la police et des groupes de personnes non blanches, et sur la tendance à la police de réagir de façon excessive lorsqu'elle traite ces groupes. Ses commentaires ont mené à des accusations qu'elle était influencée par des préjugés et à une demande d'annulation de sa décision.¹¹⁶⁴ En confirmant la décision du juge Sparks, la Cour suprême a déclaré : « L'exigence de la neutralité ne nécessite pas des juges de rejeter leurs expériences de vie. La pertinence dans les cas de la référence au contexte social et la crainte raisonnable de partialité de déclarations particulières dépendent des faits propres. Une différence très importante existe entre les cas où le contexte social est utilisé pour assurer que le droit évolue en harmonie avec les changements dans la réalité sociale et des cas, comme celui-ci, où le

¹¹⁶² *James v Eastleigh Borough Council* [1990] 2 AC 751.

¹¹⁶³ *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484

¹¹⁶⁴ <http://www.nytimes.com/2009/05/15/us/politics/15judge.text.html> [25 September 2009].

contexte social est apparemment utilisé pour aider à déterminer une question de crédibilité ». La majorité¹¹⁶⁵ a rejeté les accusations ainsi que la demande en annulation de la décision. La Cour suprême a statué que toute personne prudente ne pense pas que le juge Sparks était influencée par des préjugés, mais qu'elle avait utilisé son expérience et ses connaissances de la communauté pour comprendre le contexte social derrière le cas concerné.

Aux États-Unis, le contexte a été examiné en utilisant une analyse de cadre social.¹¹⁶⁶ Elle fut utilisée dans les cas de discrimination raciale et sexuelle aux États-Unis. L'analyse du cadre social est un processus d'examen systématique du contexte entourant un ensemble de faits découlant d'une affaire. Ce processus est généralement mené par l'examen des études scientifiques présentées en cour par un témoin expert. L'expert assiste le tribunal dans sa prise de décision en fournissant un cadre détaillé qui permet d'évaluer les actes reprochés. Le rôle de l'expert n'est pas d'établir un lien, mais de l'informer sur les causes et les conséquences du type de discrimination concerné, de sorte qu'il fournit un contexte empiriquement riche pour permettre à la Cour d'adopter une décision. Il existe des cas¹¹⁶⁷ où la preuve sociale offerte par les scientifiques sociaux compétents a joué un rôle clé dans le contentieux de la discrimination en matière d'emploi : « les experts du cadre social, en offrant un aperçu du fonctionnement des stéréotypes et des préjugés dans le processus décisionnel, peuvent aider les juges à évaluer d'autres preuves avec plus de précision ».

Dans l'affaire Wal-Mart¹¹⁶⁸, il n'y avait aucun document disant que les femmes ne devaient pas être promues, mais il y avait clairement un problème dans l'évolution de la carrière des femmes. La requérante, afin d'exposer les pratiques qui facilitaient la discrimination, a présenté le contexte dans lequel les femmes travaillaient, à savoir, des détails sur l'histoire organisationnelle de Wal-Mart, sa structure et ses processus, ses pratiques, ses politiques en matière de diversité et d'égalité des chances. Ceux-ci ont ensuite été examinés dans le contexte de la recherche sociale sur les inégalités organisationnelles pour déterminer la probabilité que la discrimination dénoncée était susceptible de se produire¹¹⁶⁹. Mais la plus haute juridiction des États-Unis a estimé

¹¹⁶⁵ Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting

¹¹⁶⁶ Social Framework Analysis, Monahan et al 2008; Borgida et Kim 2007

¹¹⁶⁷ Aux États-Unis : *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 233- 35 (1989), *Beck v The Boeing Company*, case No.2:00- cv- 00301- MJP (W.D. Wash. Nov. 10 2003, *Dukes v Wal- Mart Stores, Inc.*, 474 F.3d 1214 (9th Circuit, Dec 11th 2007).

¹¹⁶⁸ Wal-Mart stores contre Dukes et autres, N. 10-277, decided June 20, 2011

¹¹⁶⁹ Bielby 2003

que les plaignantes ne pouvaient pas prétendre avoir subi les mêmes discriminations que les autres et que, par conséquent, une action collective n'était pas soutenable.

Ainsi, en contextualisant la discrimination, l'on fait la lumière sur les processus et les développements historiques, sociaux, culturels et politiques qui conduisent à l'apparition de la discrimination et surtout à la discrimination multiple dans la société.

Par conséquent, afin d'explorer le phénomène de la discrimination multiple, il est important d'examiner le contexte dans lequel survient la discrimination. Cette analyse permettra aux tribunaux d'être en mesure parfois d'éviter les conflits arides et confus sur l'identification de la comparaison appropriée soulignant principalement la raison pour laquelle le demandeur a été traité comme il l'a été. Cela conduira à l'examen de tous les faits de la cause.

Par ailleurs, les juges ont déjà saisi d'évaluer le contexte du travailleur en obligeant l'employeur de prévoir les aménagements raisonnables en fonction des besoins individuels des personnes handicapées.

D. Les aménagements raisonnables en tant que mesure de l'appréciation individuelle des personnes, eu égard à tous les motifs interdits de discrimination ou à une combinaison de ceux-ci

Les avantages du régime de la protection contre la discrimination fondée sur le handicap ont été et sont multiples parce qu'il valorise, avant tout, l'expérience individuelle de la personne et place les personnes dans le contexte des processus sociaux. Cela se fait en adoptant une détermination sociale de la notion du handicap, ainsi que nous l'avons déjà mentionné, mais aussi en obligeant l'employeur de prévoir les mesures appropriées, en fonction des besoins individuels des personnes dans une situation concrète, pour permettre à la personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer, d'y progresser, à moins que ces mesures constituent une charge disproportionnée. Ainsi, le régime de protection offre un remède effectif aux personnes lésées.

C'est l'article 5 de la directive 2000/78¹¹⁷⁰ qui prévoit l'obligation, pour les employeurs, de créer des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées. En effet : « Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de

¹¹⁷⁰ Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées ». De plus, la loi américaine de 1990 relative aux personnes handicapées (American with Disabilities Act) impose aux employeurs¹¹⁷¹ l'obligation de fournir aux personnes handicapées les aménagements raisonnables. Aussi, la convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées (2006) prévoit, à l'article 2, que la discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus des aménagements raisonnables.

Ainsi, le juge dépasse le simple constat de l'existence d'autres possibilités pour obliger l'employeur à rechercher des solutions alternatives. Le contrôle du caractère proportionnel de l'atteinte aux droits des personnes entraînant un traitement différencié ne pourrait être atteint que si l'employeur a mis en œuvre tous les moyens nécessaires pour éviter ou limiter le désavantage.

Bien que réservée à l'hypothèse du handicap, la notion d'aménagement raisonnable fait figure de laboratoire de la lutte contre les discriminations quel qu'en soit le motif. L'expérience du droit comparée est riche d'enseignements. Le droit canadien¹¹⁷² en effet est un exemple de recours à de telles mesures d'aménagement sous le vocable d'« accommodement raisonnable » dans le cadre de la lutte contre les discriminations fondées sur tout motif. La Charte québécoise, en outre, afin d'assurer

¹¹⁷¹ 42 USC § 12112(b) (5) (A), section 101(9).

¹¹⁷² Voir, au premier chef, la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12 (Québec) et, au fédéral, la Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), c. H-6 et modifications. Des lois équivalentes existent dans toutes les provinces, ainsi que dans les territoires. Pour une présentation d'ensemble qui garde sa pertinence malgré le passage des ans, voir : Walter S. TARNOPOLSKY, « The Iron Hand in the Velvet Glove : Administration and Enforcement of Human Rights Legislation in Canada », (1968) 46 Can. Bar Rev. 565. La jurisprudence semble avoir fixé son choix sur le qualificatif « quasi constitutionnelles » pour désigner ces lois « fondamentales », d'une « nature spéciale », qui « sortent de l'ordinaire » : Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177; Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink, [1982] 2 R.C.S. 145; Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357, 366; Action Travail des femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1987] 1 R.C.S. 1114; Winnipeg School Division c. Craton, [1985] 2 R.C.S. 150, 156; Robichaud c. Conseil du Trésor du Canada, [1987] 2 R.C.S. 84.

le droit à l'égalité de tous et toutes, rend obligatoire de répondre à une demande d'accommodement raisonnable dans une situation de discrimination fondée sur le handicap, la religion, l'âge, le sexe ou tout autre motif interdit à l'article 10 de la Charte. L'obligation d'accommodement ne se limite donc pas à des cas de discrimination fondée sur le handicap, la religion, l'âge, le sexe, elle s'applique dans toutes les situations de discrimination interdite. Il est notable que selon la doctrine, dans la mesure où l'accommodement raisonnable découle du droit à l'égalité lui-même, comme déjà la jurisprudence a indiqué, cette extension du concept à d'autres motifs que la religion était prévisible dès l'origine.¹¹⁷³

Dans le cadre des lois relatives aux droits de la personne, la Cour suprême du Canada, reprenant en cela la jurisprudence des tribunaux canadiens sur les droits de la personne, a très clairement fait découler l'obligation d'accommodement raisonnable du droit à l'égalité et de l'interdiction de la discrimination. Au milieu des années 1980, la Cour suprême du Canada a été, pour la première fois, confrontée dans l'affaire *Simpsons-Sears*¹¹⁷⁴ à une demande d'accommodement raisonnable présentée, en l'occurrence, par une vendeuse de magasin dont la pratique religieuse entraînait en conflit avec son horaire de travail. Dans une telle situation, la Cour a constaté une forme indirecte de discrimination, découlant de « l'effet préjudiciable » de l'horaire de travail. L'existence de la discrimination étant ainsi établie aux yeux de la Cour, se posait la question de l'accommodement. L'employeur devait-il aménager l'horaire de travail de cette vendeuse pour lui permettre de respecter ses obligations religieuses. La Cour décrira le problème dans des termes qui, deux décennies plus tard, restent actuels : « La question [de l'accommodement] n'est pas exempte de difficultés. La thèse selon laquelle chaque personne devrait être libre d'adopter la religion de son choix et d'en observer les préceptes ne pose aucun problème. [...] Le problème se pose lorsqu'on se demande jusqu'où peut aller une personne dans l'exercice de sa liberté religieuse. À quel moment, dans la profession de sa foi et l'observance de ses règles, outrepassait-elle le simple exercice de ses droits et cherche-t-elle à imposer à autrui le respect de ses croyances ? [...] Pour situer la question dans le contexte particulier de l'espèce : dans sa volonté honnête de pratiquer sa religion, dans quelle mesure une employée peut-elle

¹¹⁷³ Pierre BOSSET, La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi - Aspects juridiques, coll. Études et Documents de recherche sur les droits et libertés (no 1), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989.

¹¹⁷⁴ Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. *Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536

forcer son employeur à se conformer dans la gestion de son entreprise à ses pratiques ou à faire en sorte qu'elles soient respectées ? Jusqu'où, peut-on se demander, peut-on exiger la même chose de ses camarades de travail et, quant à cela, du public en général ? » La Cour adoptera une approche fondée sur l'objet des chartes des droits. Celles-ci garantissent le droit de ne pas être victime de discrimination dans l'emploi. De ce droit, déduira la Cour, découle « l'obligation générale [...] de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger. » Cette obligation consiste : « [...] à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. » Il importe de souligner que la Cour considère cette obligation d'accommodement comme une « conséquence naturelle » du droit à l'égalité. Ainsi, une telle obligation est implicitement présente dans le texte des lois anti-discrimination. Du même souffle, la Cour indique aussi les limites de cette obligation : aucun accommodement causant une contrainte excessive ne pourra être exigé.

La Cour suprême a étendu la portée de l'obligation d'accommodement raisonnable d'une première façon, en finissant par établir, de façon non ambiguë, que cette obligation s'applique même dans les situations où la discrimination peut être qualifiée de directe.¹¹⁷⁵ À l'origine, seule la discrimination indirecte (« par suite d'un effet préjudiciable ») donnait ouverture à l'accommodement raisonnable.¹¹⁷⁶ Ensuite, le fait que l'obligation d'accommodement raisonnable soit considérée comme une conséquence naturelle du droit à l'égalité induit l'application potentielle de ce concept à l'ensemble des motifs de discrimination interdits par la loi. Donc, le concept d'accommodement raisonnable s'est affranchi du contexte historique qui lui a donné naissance au Canada, celui de la discrimination religieuse, pour devenir, en quelque sorte, un concept transversal. Sans controverses ni déchirements, l'obligation d'accommodement raisonnable s'applique actuellement au Canada à des motifs de discrimination dont l'extrême variété interdit de réduire l'accommodement raisonnable à un outil de gestion de la diversité. Ces motifs de discrimination auxquels s'applique

¹¹⁷⁵ Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3 (ci-après « Meiorin »).

¹¹⁷⁶ Simpsons-Sears (précitée) ; Bhinder c. CN, [1985] 2 R.C.S. 561; Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 R.C.S. 489.

l'obligation d'accommodement raisonnable sont, notamment le handicap (qui dispute la première place à la religion, pour ce qui est de la fréquence des cas d'accommodement raisonnable répertoriés dans la jurisprudence québécoise)¹¹⁷⁷, le sexe¹¹⁷⁸, la grossesse¹¹⁷⁹, l'âge¹¹⁸⁰, l'origine nationale¹¹⁸¹.

De la jurisprudence canadienne, l'on peut conclure que l'obligation des aménagements raisonnables, qui a été retenue par le droit de l'union européenne concernant les personnes handicapées en vue de favoriser leur insertion dans l'emploi, pourrait être généralisée et s'appliquer à des motifs interdits autres que le handicap et même à de nouveaux motifs encore inexploités ou à des intersections de motifs. L'interaction dynamique entre les motifs présents dans la situation d'une seule personne, se traduit par des effets d'exclusion uniques et cumulatifs. L'obligation des aménagements raisonnables pourrait apporter une solution dans ces cas car, d'une part, ces cas de discrimination intersectionnelle exigent une évaluation de la situation individuelle de la personne dans son contexte, non seulement pour leur reconnaissance par les juges, comme indiqué aux paragraphes précédents, mais aussi pour la protection des personnes qui les subissent et, d'autre part, les aménagements raisonnables constituent des mesures individuelles prises après appréciation du contexte, afin de protéger les personnes contre ces discriminations.

¹¹⁷⁷ Voir notamment les affaires suivantes : Syndicat des employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec, [2006] R.J.Q. 426 (C.A.), en appel (C.S.C. no 31395); Syndicat des infirmières du Nord-Est québécois c. Sylvestre, [2003] R.J.Q. 1392 (C.A.); Commission des droits de la personne du Québec c. Collège Notre-Dame du Sacré-Cœur, [2002] R.J.Q. 5 (C.A.); CEGEP John-Abbott c. Blouin, C.S. Montréal, no 500-17-018750-045, 10 juin 2004; Québec (Procureur général) c. Commission de la fonction publique, J.E. 2003-259 (C.S.); Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aéronautique c. Hamelin, [2002] R.J.Q. 168 (C.S.); Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général), J.E. 2005-780, [2005] R.J.D.T. 1110 (T.D.P.); Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier de l'Université de Montréal, Pavillon Notre-Dame, J.E. 2000-1914 (T.D.P.); Commission des droits de la personne du Québec c. Emballages Polystar, (1997) 28 C.H.R.R. D/76 (T.D.P.); Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain c. Régie du logement, [1996] R.J.Q. 1776 (T.D.P.).

¹¹⁷⁸ Meiorin, précitée; Commission scolaire des Rives-du-Saguenay c. Rondeau, J.E. 2002-2147, REJB 2002-35373 (C.S.).

¹¹⁷⁹ Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil, [1999] R.J.Q. 1883 (C.A.); Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de l'assurance automobile du Québec, [2003] R.J.Q. 1737 (T.D.P.); Commission des droits de la personne du Québec c. Lingerie Roxana, [1995] R.J.Q. 1289 (T.D.P.). Voir également : Maurice DRAPEAU, « La discrimination fondée sur la grossesse mettant en cause la sécurité au travail : une solution s'impose, l'obligation d'accommodement », (1997) 57 R. du B. 1047

¹¹⁸⁰ Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.); Commission des droits de la personne du Québec c. Compagnie minière Québec-Cartier, [1994] R.J.Q. 2729 (T.D.P.), appel accueilli pour d'autres raisons à J.E. 99-211 (C.A.)

¹¹⁸¹ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Collège Montmorency, J.E. 2004-966 (T.D.P.).

Ainsi, l'obligation des aménagements raisonnables conduit à une évaluation des pratiques auxquelles un individu est confronté, à travers une analyse contextuelle. Celle-ci est importante en raison des observations sur l'individualité de l'identité. Les pratiques discriminatoires rencontrées par les individus sont identifiées par référence à leurs expériences individuelles de l'identité, plutôt que par des hypothèses fondées sur des stéréotypes.¹¹⁸² En outre, les personnes peuvent mettre l'accent sur un aspect de leur identité dans un contexte et sur un autre aspect dans un autre contexte.¹¹⁸³ Donc, les politiques visant à lutter contre la discrimination multiple exigent nécessairement un élément d'individualisation et une flexibilité. Les aménagements raisonnables répondent aux besoins spécifiques de l'individu qui sont définis dans un contexte spécifique et ils peuvent ainsi tenir compte des implications de l'identité de cette personne.

Il résulte que cette obligation des aménagements raisonnables et de reclassement pour les salariées inapte en France constitue un aspect positif de l'individualisation des relations de travail qui pourrait être un outil dans la recherche de solutions en vue d'une protection efficace contre les formes les plus complexes de discrimination fondée sur plusieurs critères qui sont en interaction.

D'ailleurs, l'importance des aménagements raisonnables dans la lutte contre la discrimination multiple est déjà reconnue par la Commission ontarienne des droits de l'homme ainsi que, lors d'une table ronde des organismes nationaux sur l'égalité dans l'Union européenne¹¹⁸⁴.

Après, nous pouvons soutenir qu'afin de voir les résultats auxquels l'obligation des aménagements raisonnables pourrait donner lieu dans de cas de discrimination intersectionnelle, il faut que la législation antidiscriminatoire prévoie une obligation générale de faire des aménagements raisonnables à l'égard de tous les motifs ou d'une interaction entre ceux-ci¹¹⁸⁵.

¹¹⁸² Ontario Human Rights Commission. An Intersectional Approach To Discrimination: Addressing Multiple Grounds In Human Rights Claims, 2001, p. 11 available at http://www.ohrc.on.ca/en/resources/discussion_consultation/DissIntersectionalityFtns>accessed, 11 December 2007

¹¹⁸³ CROWLEY NIALL, « Re-Thinking Identity : an Irish Perspective (speech at « Multi- Dimensional Discrimination – Justice for the Whole Person »), <http://www.edf.org.uk/news/Niall%20CrowleyEqualityAuthority.docaccessed>, 11 December 2007

¹¹⁸⁴ Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, « Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », document achevé en septembre 2007

¹¹⁸⁵ UCCELLARI PAOLA « Multiple discrimination: How Law can Reflect Reality », The Equal Rights Review, Vol. One (2008).

Section 2 : La nécessité d'introduire dans la législation l'interdiction de « la discrimination multiple »

Remarques préliminaires

De ce qui précède, il s'est avéré qu'aucune protection légale spécifique n'existait pas si l'on était victime de discrimination fondée sur deux ou plusieurs critères. Or, il résulte de la jurisprudence que cette situation est susceptible de se produire. Nous nous en apercevons clairement dans les cas où, deux motifs ou plus, qui sont sous le coup d'une législation, concernent une même personne et que leurs effets se combinent pour la victime. Nous avons déjà vu que s'il faut dissocier les motifs et en discuter un à un, le risque est alors de négliger les deux « vécus » en matière de discrimination.

Donc, il est nécessaire d'introduire dans la législation une disposition interdisant la discrimination multiple.

Cependant, il convient aussi d'examiner l'affaire de manière plus approfondie afin de répondre aux questions portant, par exemple, sur la manière de traiter les affaires où l'intersectionnalité est invoquée, leur preuve devant le juge, les exceptions et les dérogations, les mesures positives, la manière d'effectuer une comparaison dans les cas de discrimination multiple et le mode de calcul des indemnisations.

A. Ce qui rend nécessaire l'introduction d'une disposition législative interdisant la discrimination multiple

L'on a déjà noté que le cadre juridique actuel de l'Union européenne et de la plupart des États n'est pas compatible avec la lutte contre la forme spécifique de discrimination multiple. L'on pourrait faire valoir que les législations antidiscriminatoires nationales pourraient traiter la question de la discrimination additive mais non intersectionnelle. Elles ne prévoient pas les modalités de preuve et de justification de ces discriminations. Ainsi, elles privent les victimes de discriminations intersectionnelles d'une protection efficace.

Dans le document sur la discrimination multiple de l'Union européenne¹¹⁸⁶, nous avons vu que certains experts¹¹⁸⁷ estiment que seulement une obligation législative de l'Union européenne incitera les États membres de lutter explicitement contre la discrimination multiple. Mais, il est remarquable que l'absence de reconnaissance législative explicite ne conduise pas tous les experts nationaux à considérer que la discrimination multiple n'est pas couverte par leur législation nationale. Les experts chypriote, danois, français, islandais, irlandais, maltais, néerlandais, norvégien, portugaise, slovaque, suédoise affirment explicitement que la législation nationale de leur pays permet aux demandeurs d'intenter des actions en discrimination multiple, même si elle ne prévoit pas de définition de cette forme de discrimination.¹¹⁸⁸ Le ministère Danois ajoute : « c'est le juge qui décide si l'affaire doit être instruite pour motif unique ou multiple [...] le plus souvent, le choix d'un motif est déterminé par la plus grande facilité à vérifier la discrimination si celle-ci est fondée sur un motif plutôt que sur deux, surtout en cas d'intersectionnalité¹¹⁸⁹ ».

Il est vrai que le principe de non-discrimination, déjà prévu dans les législations, ne doit pas avoir une interprétation trop restrictive ou littérale sans prendre en considération les conditions affectant la vie des gens et doit prendre en compte la nécessité d'aider, par la législation, ceux dont les conditions doivent être améliorées afin de parvenir à une plus grande égalité. Par conséquent, la notion de discrimination multiple peut dériver du principe de non-discrimination et les juges peuvent prononcer une violation de ce principe en cas de discrimination intersectionnelle. Mais, nous avons vu que, au-delà de la reconnaissance de la discrimination intersectionnelle, il existe un besoin de dispositions législatives établissant le régime de preuve, la comparaison et la justification.

¹¹⁸⁶ Beate Rudolf in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR, achevé en juillet 2009

¹¹⁸⁷ Par exemple, les experts de Tchéquie, Bulgarie, Lettonie, Lituanie, Roumanie, Slovénie et Autriche.

¹¹⁸⁸ BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination ? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, Manuscrit achevé en juillet 2009

¹¹⁸⁹ Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, « Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », Document achevé en septembre 2007, p 34

De plus, même si la discrimination intersectionnelle peut être reconnue par les juges sur la base des dispositions existantes en matière de discrimination, la question vitale consiste à savoir comment la loi obligera les juges de la reconnaître et de prendre en compte sa spécificité.

C'est le manque de disposition législative interdisant explicitement la discrimination multiple qui peut permettre aux juges de ne pas examiner l'hypothèse où la discrimination est fondée sur plus d'un motif de discrimination.

Cependant, une interdiction explicite de la discrimination obligera le juge d'évaluer la situation individuelle de la personne dans son entourage et de statuer, ensuite, sur l'existence ou non de la discrimination multiple.

D'ailleurs, c'est aussi l'absence d'une interdiction explicite de la discrimination multiple qui conduit la majorité des ministères des États membres de l'Union européenne, les ONG et les organismes pour l'égalité de traitement à ne pas mettre en place des stratégies, des plans d'action, des activités de sensibilisation ou de surveillance spécifiquement axés sur la discrimination multiple.

Dans une enquête de la Commission européenne,¹¹⁹⁰ la plupart des participants, ont répondu qu'il n'existait pas de stratégie, de plan d'action, de sensibilisation ou de surveillance en matière de discrimination multiple à cause de l'absence de dispositions légales pertinentes et de la non-reconnaissance du phénomène de la discrimination multiple. En outre, ils relèvent que les ministères ont souvent un mandat pour un motif déterminé de discrimination et ne sont, dès lors, pas encouragés à initier des stratégies ou des activités visant à lutter contre la discrimination multiple. Bon nombre des participants soulignent que pour les personnes issues de groupes de l'intersection de plusieurs motifs de discrimination, étant donné que les conseillers juridiques recourent à une tactique d'approche pragmatique, choisissant de présenter aux juges un seul motif de discrimination, le risque majeur est d'avoir à privilégier un aspect de leur identité au détriment d'un ou de plusieurs autres. Aussi, les personnes ayant une expérience de discrimination multiple risquent de ne pas trouver d'organisation correspondant à leur identité dans son ensemble car les organisations de lutte contre la discrimination sont le plus souvent spécialisées dans un motif de discrimination interdit. Cela peut poser un problème pour un individu appartenant à un groupe vulnérable et cherchant un

¹¹⁹⁰ Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, « Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », document achevé en septembre 2007. Page 45

soutien social et affectif via la participation à des mouvements et organisations comme les ONG. En outre, les personnes marginalisées qui sont victimes de discriminations multiples, en général, ne disposent pas des possibilités financières nécessaires pour revendiquer leurs droits devant les tribunaux et cela rend nécessaire le recours à une organisation luttant contre la discrimination.

Ainsi, l'interdiction explicite de la discrimination conduira non seulement à l'obligation pour le juge de statuer sur l'existence ou non de la discrimination multiple mais aussi à une meilleure sensibilisation au problème, et au traitement des situations de discriminations multiples par les organisations luttant contre la discrimination. Le corollaire en sera la protection plus efficace des personnes et des groupes victimes de ce phénomène.

En outre, un point important est celui de savoir si disposer d'une définition de la discrimination multiple par le droit de l'Union européenne est nécessaire pour atteindre une protection adéquate en vertu du droit national. Dans le document sur la discrimination multiple de l'Union européenne¹¹⁹¹, l'expert Suisse¹¹⁹² explique qu'une définition juridique de la notion de discrimination multiple ne sera pas en faveur de la lutte contre celle-ci. Selon lui, une telle démarche est intrinsèquement liée à la question de la définition et de l'identification de nouveaux groupes - ou sous-groupes – qui doivent bénéficier de la protection de la loi anti-discrimination, mais il est préférable d'avoir la flexibilité d'un concept moins précis, permettant aux tribunaux de combiner deux ou plusieurs motifs de discrimination. L'expert d'Allemagne a un avis différent.¹¹⁹³ Selon lui, une définition dans le droit de l'Union européenne apparaît utile si elle établit une distinction claire entre les différents types de discrimination multiple,

¹¹⁹¹ Beate Rudolf in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?» EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR achevé en juillet 2009

¹¹⁹² Ann Numhauser-Henning in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?» EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR, Manuscrit achevé en juillet 2009

¹¹⁹³ Beate Rudolf in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?» EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR achevé en juillet 2009

ce qui peut nécessiter des approches différentes de leur détermination et de leur justification possible.

L'on peut avancer qu'une définition européenne de la discrimination multiple permettrait d'élaborer une conception commune du phénomène¹¹⁹⁴ et faciliterait les plaintes déposées pour discrimination fondée sur plus d'un motif.

Enfin, il convient de relever qu'afin d'améliorer la situation à la fois au niveau européen et national, il ne sera pas suffisant de définir le terme de discrimination multiple dans la législation et de l'interdire explicitement, mais qu'il sera en particulier nécessaire d'adopter une stratégie spécifique visant à lutter contre la discrimination fondée sur plus d'un motif car la reconnaissance de la réalité de l'expérience des personnes victimes de discrimination multiple n'est pas seulement une question d'égalité, elle est également une question de droits humains fondamentaux.

B. La preuve de la discrimination multiple : une comparaison hypothétique ou pas nécessaire

Faute de régime spécifique sur la discrimination multiple, les actions visant à sanctionner ce type d'atteinte empruntent les voies « usuelles » du droit de la non-discrimination. Sur ce point, comme nous l'avons déjà souligné dans la première partie, plusieurs difficultés émergent.

D'abord, la méthodologie de la preuve¹¹⁹⁵, prédominante dans la jurisprudence des États membres et de l'Union européenne, conduit à procéder à une comparaison entre la situation de la personne dénonçant un traitement défavorable et celle d'une ou plusieurs autres personnes, par hypothèse, mieux traitées. Mais, qui est le « comparateur » pertinent en cas de discrimination multiple ? En outre, le juge doit-il apprécier séparément ou non les différents motifs de discrimination¹¹⁹⁶ ?

Nous avons déjà vu que, dans les affaires où la Cour a exigé du demandeur victime de discrimination multiple de prouver séparément les motifs différents de la

¹¹⁹⁴European Commission, Tackling Multiple Discrimination: practices, policies and laws, 2007, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination

¹¹⁹⁵Rappelons qu'en vertu du droit communautaire, il incombe à la personne qui s'estime victime d'une discrimination de fournir au juge des éléments pouvant faire présumer l'existence d'une discrimination prohibée. Il suffit que ces éléments, établis par comparaison (traitement moins favorable par rapport à une autre personne placée dans une situation comparable), créent une apparence de discrimination, ce que le droit britannique nomme *prima facie case of discrimination*. La charge de la preuve se déplace alors sur le défendeur qui doit démontrer qu'il n'y a pas discrimination.

¹¹⁹⁶MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 596

discrimination, celle-ci n'était pas prononcée. Ce fut, par exemple, le cas dans l'affaire *Bahl v Law Society*.¹¹⁹⁷ Ainsi, de ce qui a été exposé dans la thèse, il résulte que lorsque la discrimination est fondée sur plus d'un motif et ces motifs interagissent les uns avec les autres de manière telle qu'ils sont complètement indissociables, il ne sera pas possible d'analyser séparément les motifs de traitement discriminatoire mais il conviendra de les examiner en conjonction.¹¹⁹⁸ De ce fait, le problème qui se pose consiste à trouver le comparateur convenable aux cas où la comparaison doit être effectuée pour tous les motifs qui interagissent entre eux.

Il a déjà été mentionné que le comparateur peut être réel ou hypothétique.¹¹⁹⁹ En effet, le comparateur hypothétique est une personne qui ne partage pas les mêmes caractéristiques avec le plaignant. Donc, le comparateur hypothétique d'une femme jeune qui voudrait plaider la discrimination fondée à la fois sur son sexe et son âge, serait un homme âgé.

Les exemples suivants justifient pourquoi le comparateur hypothétique ne doit pas partager la même interaction de motifs avec le plaignant. Ainsi, dans le cas d'une femme noire servant dans les forces armées, la comparaison avec un homme noir ne peut pas montrer les discriminations qu'elle a vécues, ni celle avec une femme blanche. Les soldats noirs de sexe masculin pourraient avoir un traitement non discriminatoire, de même que les femmes soldats blanches. Le traitement discriminatoire peut concerner uniquement les femmes noires. Ainsi, afin de montrer la discrimination subie par la femme noire, celle-ci doit être en mesure de comparer sa situation à celle d'un homme blanc. Pour montrer toute l'étendue de la discrimination dont elle est touchée, il est nécessaire de considérer l'effet combiné des deux motifs, de sa race et de son sexe. De même, comparer la situation d'une femme musulmane à celle d'un homme musulman ou à celle d'une femme chrétienne peut ne pas révéler l'étendue

¹¹⁹⁷ *Bahl v Law Society* [2003] I.R.L.R. 640 and [2004] I.R.L.R. 799.

¹¹⁹⁸ Nous avons déjà mentionné que, dans l'affaire *Jefferies v. Harris County Community Action Association*, (615 F.2d 1025, United States Court of Appeals (Fifth Circuit), April 21, 1980), la Cour d'appel des États-Unis a considéré qu'il pouvait y avoir une discrimination intersectionnelle de race et de sexe, accueillant l'argument de la demanderesse selon lequel un employeur ne saurait échapper à sa responsabilité en raison d'une discrimination contre les femmes noires en démontrant qu'il ne discrimine pas les noirs et qu'il ne discrimine pas les femmes. Le juge estime que la discrimination contre les femmes noires peut exister même en l'absence de discrimination contre des hommes noirs ou des femmes blanches.

¹¹⁹⁹ La directive 2000/78 énonce en effet qu'« une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er}. » L'emploi du conditionnel indique qu'il est possible de se référer un comparateur hypothétique.

de son vécu de discrimination. Afin de prouver la discrimination qu'elle a vécue, il faut que la Cour prenne en considération à la fois son sexe et sa religion. Aussi, le cas d'un homme séropositif homosexuel qui a été licencié ne peut pas être seulement comparé à un hémophile qui est séropositif. Les véritables motifs du traitement discriminatoire pourraient bien résider dans la combinaison de l'orientation sexuelle et de la séropositivité, ou même de l'invalidité.

Ainsi, il résulte que le choix du comparateur adéquat dépend des circonstances de l'espèce. Or, si la victime a la possibilité de plaider la discrimination sur le fondement de plus de deux motifs, le nombre des comparateurs hypothétiques serait considérablement réduit. C'est l'interaction des motifs qui rend la recherche du comparateur plus difficile et qui exige une nouvelle méthodologie de preuve.

Cependant, il convient de noter que la nécessité de comparer les situations ne s'impose pas absolument.¹²⁰⁰ Il arrive que le droit de l'Union n'exige pas de comparaison ou place celle-ci au second plan. Ainsi, selon la Cour de justice, un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité, infligé à une femme, constitue une discrimination directe fondée sur le sexe (CJCE, 8 nov. 1990, Dekker, C-177/88, refus d'embauche en raison de la grossesse : « seules les femmes peuvent faire l'objet d'un refus d'embauche en raison de la grossesse. ») Cette solution, qui figure désormais dans la directive 2006/54, présente l'avantage de dispenser la victime du traitement défavorable de la tâche particulièrement malaisée d'identifier un homme dans une situation comparable à celle d'une femme enceinte.

En outre, bien que, selon le droit de l'Union, le harcèlement relève de la notion de discrimination, aucune comparaison n'est requise pour en faire la preuve. Dans la directive de 2006, le « harcèlement » se définit comme « la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Et le « harcèlement sexuel » correspond à « la situation dans laquelle un comportement non désiré à *connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement*, survient avec

¹²⁰⁰ ROBIN-OLIVIER SOPHIE « Réflexions actuelles sur le droit de l'UE sur l'égalité entre les femmes et les hommes » Sept. 2010 et aussi M.-T. Lanquetin, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail », Droit social 2007, p. 871. Outre la question de la discrimination dans l'emploi des femmes enceintes, l'auteur évoque les décisions de la CJCE au regard de la situation des transsexuels

pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

Il n'est donc pas nécessaire de comparer la situation de la victime avec celle d'une personne de l'autre sexe. Peu importe que le même comportement soit adopté à l'égard des femmes comme des hommes, selon ces définitions. Il importe, en revanche, que le comportement soit lié au sexe ou soit « à connotation sexuelle » et surtout qu'il porte atteinte à la dignité de la personne.

La référence à la dignité, comme substitut à une conception relative de la discrimination qui exige la comparaison, se retrouve dans d'autres contextes d'application de la règle de non-discrimination. Cette solution est très bien illustrée par la jurisprudence relative aux situations de changement de sexe. Dans l'arrêt *P v. S* notamment (CJCE, 30 avr. 1996, C-13/94), la Cour estime qu'une discrimination fondée sur la conversion sexuelle est basée, essentiellement sinon exclusivement, sur le sexe de la personne concernée (en l'occurrence, un homme est licencié en raison de son changement de sexe pour devenir une femme). Le raisonnement se rapproche de la jurisprudence relative au traitement défavorable de la femme enceinte. Bien que la Cour ne rejette pas complètement la comparaison dans cette affaire (une comparaison est effectuée avec la situation d'un homme qui n'aurait pas fait l'objet d'une conversion), celle-ci ne correspond pas à la conception première de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, qui exige une comparaison entre hommes et femmes (or, une femme aurait été également licenciée pour le même motif). Mais cela n'importe guère car la solution s'impose au nom de la dignité et de la liberté : la discrimination en raison du changement de sexe est jugée intolérable parce qu'elle porte atteinte à la dignité et à la liberté de la personne concernée, que la Cour estime avoir pour mission de protéger.

En France, les auteurs ont souligné comme une véritable révolution du droit de la discrimination que la Cour de cassation a annoncé, dans son arrêt du 10 novembre 2009¹²⁰¹, au retour d'un obiter dictum qui ne passe pas inaperçu : « L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés¹²⁰² ». La Cour de cassation a ainsi fait application de ce qu'on pourrait appeler « discrimination de circonstance ».

¹²⁰¹ Cass.soc. 10 novembre 2009, n 07-42849

¹²⁰² JÉRÔME PORTA « Égalité, discrimination et égalité de traitement », RDT mai 2011, p 290

Donc, même dans les affaires de discrimination intersectionnelle, afin d'éliminer les difficultés présentées à la recherche du comparateur convenable, l'on peut recourir à la notion de la dignité, que la Cour a la mission de protéger, et éviter une comparaison difficilement faisable. En ce sens, le juge examinera si le comportement lié à un ou plusieurs motifs interdits portera atteinte à la dignité de la personne.

À ce point, il est à remarquer que, selon Gay Moon¹²⁰³, il convient de passer d'un système de droit qui pose la question de savoir si une personne a été traitée de manière moins favorable qu'une autre, à celui qui pose la question de savoir pourquoi une personne a été traitée de la façon dont elle l'a été. Cela pourrait conduire à une solution pour la preuve des discriminations intersectionnelles. La juridiction de Grande-Bretagne a déjà reconnu que cela pourrait être plus pratique dans certains cas.

Gay Moon¹²⁰⁴ souligne que, dans la pratique, les tribunaux examinent, d'abord, si le demandeur a fait l'objet d'un traitement moins favorable que le comparateur approprié et, ensuite, si le traitement moins favorable était fondé sur le motif proscrit concerné, c'est-à-dire, la question de savoir pourquoi le demandeur a été traité de la façon dont il se plaint. Ainsi, la question du traitement moins favorable est considérée comme un seuil que le demandeur doit traverser avant que le tribunal ne soit appelé à statuer pourquoi le demandeur a été traité comme il se plaint.

Parfois, la question du traitement moins favorable ne peut être résolue sans trouver, en même temps, la réponse à la question de savoir pourquoi le traitement n'est pas raisonnable. Les deux questions sont étroitement liées. Ainsi, il faut que les tribunaux puissent parfois être en mesure d'éviter les conflits arides et confus portant sur l'identification de la comparaison appropriée et se concentrer principalement sur la raison pour laquelle le demandeur a été traité comme il décrit avoir été traité. Afin de trouver si ce traitement est fondé sur le ou les motifs qu'il invoque dans sa requête, le tribunal doit examiner tous les faits de la cause¹²⁰⁵.

Cette approche pourrait être reflétée dans la législation de la manière proposée dans le projet de loi sur l'égalité introduite par Lord Lester de Herne Hill QC à la

¹²⁰³MOON GAY, «Multiple discrimination - problems compounded or solutions found?» (2006), <http://www.justice.org.uk/images/pdfs/multipliediscrimination.pdf>

¹²⁰⁴MOON GAY, «Multiple discrimination - problems compounded or solutions found?» (2006), <http://www.justice.org.uk/images/pdfs/multipliediscrimination.pdf>

¹²⁰⁵SHAMMOON Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [2003] IRLR 285 paras 7.8 and 11 (Lord Nicholls).

Chambre des Lords.¹²⁰⁶ Dans sa section 10, ce projet de loi définit la discrimination directe comme suit : « Signification de la discrimination directe : (1) Une personne («P») peut discriminer directement une autre personne ("B") pour une raison liée à l'un ou plusieurs des motifs interdits quand :

(a) P traite B moins favorablement qu'une autre personne ("C") est, a été ou serait traitée par lui dans une situation comparable, ou

(b) P soumet B à un préjudice.

Ainsi, l'alinéa (1 b) de la section 10 exige simplement que la personne « B » ait été victime d'un préjudice « pour une cause liée à un ou plusieurs des motifs interdits » et n'exige pas de la personne « B » de montrer que ce traitement était moins favorable que le traitement réservé à autre personne, évitant la nécessité d'identifier un comparateur.

Cela ne signifie pas, comme le gouvernement du Royaume-Uni a suggéré, que l'on peut invoquer des allégations de discrimination pour avoir simplement été mal traité : il faudra démontrer que l'on a subi un préjudice en raison de son âge, etc.

L'on peut donc conclure qu'une disposition juridique interdisant la discrimination multiple contribuera à lutter de manière plus efficace contre les problèmes de preuve, puisque prouver la discrimination fondée sur plus d'un motif peut être plus difficile que prouver la discrimination fondée sur un seul motif. Mais, à ce niveau, il est très important de veiller à ce que la notion de discrimination multiple soit en mesure de faciliter la preuve, plutôt que de la rendre plus difficile.

C. Les exceptions et dérogations aux cas de discrimination multiple

Afin de lutter contre la discrimination multiple, il convient de décider si les exceptions applicables à chaque motif devraient s'appliquer à une combinaison de motifs qui interagissent.

Il semble y avoir deux approches possibles.¹²⁰⁷ D'un part, une exception prévue dans la loi pour un seul des motifs qui se trouvent en interaction peut être applicable pour tous les motifs. Mais, selon cette approche, l'exception s'appliquant à un motif,

¹²⁰⁶ Equality Bill [HL] (2002-2003), a UCCELLARI PAOLA « Multiple discrimination: How Law can Reflect Reality », *The Equal Rights Review*, Vol. One (2008).

¹²⁰⁷ Moon, Gay (2006), « Multiple discrimination - problems compounded or solutions found? », *Justice Journal* p. 86-102.

est susceptible de bloquer la réussite de l'ensemble de la requête introduite par la victime de discrimination multiple.

D'autre part, dans les cas de discrimination multiple, la justification doit être établie selon les normes les plus strictes.^{1208,1209} Ainsi, l'auteur présumé d'une discrimination multiple ne pourrait se justifier - et donc renverser la présomption- que si sa justification s'applique à chacun des motifs du traitement inégal.¹²¹⁰

De toute évidence, la seconde approche sera celle offrant une protection accrue, mais elle nécessiterait une analyse approfondie de l'importance des exceptions à l'égard de chaque motif.

Un exemple remarquable où la tendance de la Cour à se concentrer sur un seul motif l'a amenée, de manière incorrecte, à établir la justification du traitement discriminatoire, est le cas de l'interdiction du voile islamique dans les lieux publics.

La Cour européenne des droits de l'homme¹²¹¹ ainsi que la Cour de cassation de France¹²¹² et la Cour constitutionnelle d'Allemagne¹²¹³ ont jugé que la discrimination subie par les femmes portant le voile islamique est fondée seulement sur les convictions religieuses, ignorant qu'il s'agit d'une discrimination multiple qui est également fondée sur l'origine ethnique et le sexe. Cette appréciation a mené les juges à accepter une justification de ce traitement discriminatoire, applicable seulement aux cas de discrimination fondée sur les convictions religieuses¹²¹⁴ du salarié et non sur d'autres motifs, c'est-à-dire, sur l'origine ethnique et le sexe.

¹²⁰⁸ Moon, G., 2009.

¹²⁰⁹ GIOVANNA BELLO BARBARA, « Discrimination multiple : Défis et perspectives », Académie de droit européen 24 avril 2013

¹²¹⁰ General Non-Discrimination Act 2006 (AGG), art.1, ch. 1, par. 4-I, in Moon, Gay (2006), «Multiple discrimination - problems compounded or solutions found?», Justice Journal p. 86-102.

¹²¹¹ Requête (no 43835/11) ARRÊT S.A.S. c. FRANCE

¹²¹² Cour de Cassation, affaire Baby-Loup, 25 juin 2014, n° de pourvoi : 13-28369, ainsi que CA [Paris](#) 16 mars 2001 ; CA Versailles, 23 nov. 2006, n° 05-5149

¹²¹³ La cour constitutionnelle de Karlsruhe en Allemagne, a statué que le port du voile par les enseignantes ne peut être interdit qu'en cas « de danger concret », c'est-à-dire ,en cas de remise en cause de la neutralité de l'État ou si la tenue de l'enseignante perturbe le bon fonctionnement d'un établissement et qu'« une interdiction générale des manifestations religieuses dans l'apparence extérieure des enseignants et enseignantes dans les écoles publiques n'est pas compatible avec la liberté de croyance » prévue dans la Loi fondamentale. Les juges de Karlsruhe ont toutefois estimé que le fait d'interdire de manière générale le voile islamique n'était pas compatible avec la liberté de croyance prévue dans la Loi fondamentale (Constitution) et, par conséquent, qu'il est contraire à la constitution allemande d'interdire le port du voile aux enseignantes musulmanes. Mais ils n'ont pas reconnu qu'il s'agissait d'une discrimination multiple. [Cour Constitutionnelle Allemande - 27 janvier 2015 – 1 BvR 471/10].

¹²¹⁴ Il résulte de la combinaison des articles L. 1121 1 et L. 1321 3 du code du travail que les restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

Donc, si la Cour avait dit que la discrimination subie par les femmes portant le voile est une discrimination multiple fondée sur les convictions religieuses, l'origine ethnique et le sexe, la justification susmentionnée ne serait pas applicable.

En ce sens, il faut que les juridictions nationales et européennes adoptent une disposition prévoyant que, dans les cas de discrimination multiple, une justification ou ne peut être acceptée que si elle est applicable à tous les motifs interdits qui se trouvent en interaction. Une telle disposition est prévue à l'article 4 de la loi générale relative à l'égalité en Allemagne.¹²¹⁵ Elle stipule que « l'inégalité de traitement sur la base de plusieurs motifs prohibés doit être justifiée par rapport à chacun de ces motifs ». En parlant d'« inégalité de traitement sur la base de plusieurs motifs prohibés », la loi ne fait pas de distinction entre la discrimination multiple et la discrimination intersectionnelle, les deux sont couvertes par la disposition¹²¹⁶.

La disposition susmentionnée offre donc une protection accrue aux victimes de discrimination multiple parce qu'elle oblige le juge d'appliquer de manière cumulative les dérogations en vigueur pour chacun de ces motifs, pris séparément, si, bien entendu, elles sont également applicables aux autres motifs¹²¹⁷.

D. La disposition législative adéquate relative à l'interdiction de la discrimination multiple

De ce qui précède on pourrait avancer qu'afin de lutter contre la discrimination multiple il convient d'adopter une approche contextualisée qui mettra moins l'accent sur le motif discriminatoire lui-même et plus sur la réponse globale de la société. Une analyse de la discrimination qui prend en compte les réalités actuelles de la vie des personnes et du contexte social de la discrimination sera une méthode beaucoup plus efficace pour renforcer l'égalité en général, plutôt qu'une législation encore plus complexe. Ainsi, l'objectif du législateur devrait être de réaliser pleinement une approche contextuelle de la discrimination qui inclut des motifs en intersection.

¹²¹⁵V. § 4 Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz 2006 (AGG).

¹²¹⁶ Beate Rudolf in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009, sous la direction de BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR

¹²¹⁷ DELIYANNI-DIMITRAKOU CHRISTINE « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », RIDCR.I.D.C. 3/2013, p. 657 et s.

Pour ce faire, il convient que le législateur oblige le juge d'évaluer la situation individuelle de la personne qui prétend avoir subi une discrimination multiple dans son contexte et, à la fois, lui accorde une marge de manœuvre dans cette évaluation.

Nous avons vu quelques-unes des dispositions législatives qui interdisent la discrimination multiple sans pour autant donner les résultats attendus, parce qu'elles n'obligent pas les juges d'examiner la situation individuelle du requérant dans son contexte afin de statuer s'il s'agit d'un cas de discrimination multiple.

Ainsi, nous avons vu que bien que la disposition de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ne mentionne pas explicitement la discrimination fondée sur une combinaison ou sur la multiplicité des motifs, elle prévoit une liste non exhaustive de motifs interdits qui laisse ouverte la possibilité pour la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) d'étendre la liste pour y inclure d'autres motifs et aussi de constater que la combinaison de motifs constitue un autre statut protégé.

Dans ce sens, dans l'affaire *Rasmussen c. Danemark*,¹²¹⁸ la Cour européenne des droits de l'homme a statué qu'il existait une différence de traitement entre M. Rasmussen et son ex-épouse quant à la possibilité de contester en justice la paternité du premier. Il n'y a pas lieu de rechercher sur quoi elle se fondait soulignant que la liste dressée à l'article 14 n'étant pas limitative¹²¹⁹. Ainsi, dans ce cas, la Cour était en mesure de soutenir le traitement différent fondé sur le sexe, mais elle n'a pas jugé nécessaire de le faire. Au lieu de cela, elle a souligné la différence réelle de traitement à cause de la différence entre le délai applicable à l'époux et celui qui s'était appliqué à l'épouse¹²²⁰. Une telle approche semble résoudre le problème de la discrimination intersectionnelle, en tant que le plaignant peut invoquer un cas de discrimination sur le fait qu'il est un homme homosexuel noir ou une femme musulmane, ou sur toute autre combinaison de caractéristiques.

Aussi, la Charte canadienne des droits et libertés (Canadian Charter of Rights and Freedoms) de 1982 inclut, à son article 15, paragraphe 1, une clause flexible concernant les droits à l'égalité qui cite, à titre indicatif, les motifs de discrimination interdits.¹²²¹ Cette formulation a permis aux juridictions canadiennes d'identifier de nouveaux

¹²¹⁸ Requête no 8777/79, *AFFAIRE RASMUSSEN c. DANEMARK* Cour européenne des droits de l'homme, le 28 Novembre 1984

¹²¹⁹ V. également : arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976, série A n° 22, p. 30, par. 72

¹²²⁰ GERARDS Janneke, *Discrimination Grounds*, in D. Shiek / L. Waddigton/M. Bell (eds.), *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford and Portland, 2007, p. 31-184

¹²²¹ Article 15, paragraphe 1.

motifs de discrimination interdits et de recevoir des requêtes fondées sur plus d'un motif.

Cependant, ni la Convention européenne des droits de l'homme ni la Charte canadienne ne précisent comment d'autres motifs doivent être identifiés. Cela a amené la Cour européenne des droits de l'homme à se limiter largement, mais pas entièrement, à identifier des motifs qui sont analogues aux motifs énumérés et, par conséquent, à se limiter également à examiner les caractéristiques personnelles, même analogues.¹²²² Ainsi, cette approche est moins susceptible de tenir compte de motifs qui sont trop éloignés des ceux énumérés. En outre, elle ne tient pas compte du fait que le motif posé est un indicateur de désavantage. En ce point, il est remarquable que la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Corbiere v Canada*¹²²³ a analysé les motifs énumérés à l'article 15 (1) et a conclu que : Le point commun entre ces motifs est le fait qu'ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle. Sur cette base, la majorité a conclu que le degré des désavantages est un facteur inapproprié dans l'identification de nouveaux motifs. Mais, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Binnie, ont exprimé l'avis que « Le tribunal qui est saisi d'une allégation de discrimination doit examiner le contexte législatif, historique et social de la distinction en cause, la réalité et l'expérience vécues par les personnes touchées par cette distinction, ainsi que les objets du paragraphe 1 de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés. »

D'autre part, la loi sud-africaine exige des juges qu'ils procèdent à une analyse contextuelle de la situation du demandeur car, comme nous l'avons déjà indiqué, elle stipule que les motifs interdits de discrimination sont (a) la race, le sexe, la grossesse, l'état matrimonial, l'origine ethnique ou sociale, la couleur, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, la religion, la conscience, la croyance, la culture, la langue et la naissance, ou (b) un autre motif sur lequel la discrimination est fondée et qui :

- (i) provoque ou perpétue un désavantage systémique
- (ii) porte atteinte à la dignité humaine, ou

¹²²² *KJELDSEN c. DENMARK*, arrêt du 7 décembre 1976, série A, n° 23, (1979-80) 1 EHRR 711, *Budak c. Turkey* (affaire n° 57345/00 ECHR, 7 septembre 2004; *Beale c. UK* (affaire n° 16743/03) ECHR, 12 octobre 2004.

¹²²³ *Corbière c. Canada* (Minister of Indian and Northern Affairs), 1999.

(iii) affecte négativement l'utilisation égale des droits et libertés de la personne d'une manière sérieuse qui est comparable à la discrimination sur un motif visé à l'alinéa (a).

Ainsi, la loi sud-africaine interdit la discrimination fondée sur une liste de motifs, mais aussi sur tout autre motif quand la discrimination fondée sur cet autre motif provoque ou perpétue un désavantage systémique ou porte atteinte à la dignité humaine. Ainsi, elle ne permet pas simplement de protéger des catégories supplémentaires. Ce n'est pas le cas en raison surtout de la façon dont les autres motifs sont à identifier. La question de savoir si un motif est protégé repose sur l'effet du traitement de l'individu et exige une analyse contextuelle de la situation du demandeur. Les nouveaux motifs peuvent donc être de nature très différente des motifs énumérés et ils pourraient être définis selon un sens propre à l'identité de demandeur.

L'argument le plus fort en faveur de l'approche du désavantage systémique pour l'identification de nouveaux motifs est que seule une telle analyse sera assez sensible aux expériences vécues par les personnes et permettra d'examiner les raisons subtiles et complexes de discrimination.¹²²⁴

Même si un désavantage systémique est considéré comme pertinent pour la reconnaissance de nouveaux motifs, une liste non exhaustive de motifs sera toujours contestée au nom de la sécurité juridique. Il est clair qu'une telle approche place les personnes potentiellement responsables de la discrimination dans une situation d'incertitude quant à leurs obligations. Pourtant, cette crainte d'une atteinte éventuelle à la sécurité juridique ne peut pas nous entraîner à utiliser les structures d'une approche catégorielle de l'identité et à créer une notion de l'égalité formelle, dont la conséquence est une incapacité de lutter contre la discrimination multiple.

Ainsi, les législateurs doivent décider si une approche basée sur la sécurité juridique est un moindre mal par rapport à une approche qui garantit aux victimes de discrimination complexe qu'elles n'obtiendront pas la protection de la législation de l'égalité. Si une approche plus flexible quant aux motifs protégés est introduite en combinaison avec un changement dans la nature de la législation en matière d'égalité, de sorte qu'elle se concentre sur la responsabilité collective de promouvoir l'égalité

¹²²⁴ UCCELLARI PAOLA « Multiple discrimination: How Law can Reflect Reality », *The Equal Rights Review*, Vol. One (2008).

plutôt que sur le constat individuel des fautes, il conviendrait que les préoccupations quant à la responsabilité de l'incertitude juridique pèsent moins.¹²²⁵

Une préoccupation plus essentielle liée à une telle approche est que, si les motifs protégés sont plus flexibles et moins certains, les justifications seront plus acceptables. Une conception plus large des motifs protégés signifierait que la protection absolue serait probablement perdue.

Donc, par exemple, dans l'affaire *Rasmussen c. Danemark*¹²²⁶ que nous avons déjà mentionnée, la Cour européenne des droits de l'homme a statué qu'il existait une différence de traitement entre M. Rasmussen et son ex-épouse quant à la possibilité de contester en justice la paternité du premier sans rechercher sur quoi elle se fondait soulignant que la liste dressée à l'article 14 n'était pas limitative.¹²²⁷ Enfin, la Cour conclut que la différence de traitement litigieuse était justifiée et n'était pas discriminatoire.¹²²⁸ En effet, il est loin d'être certain que le même résultat aurait été atteint si la Cour avait accepté que la distinction était en fait fondée sur le sexe et avait appliqué un critère qui exige de « très fortes raisons pour une justification ».

Ainsi, même dans l'approche des listes ouvertes et du désavantage systémique, il est important de montrer que la discrimination est en fait fondée sur au moins un motif prévu dans la loi qui peut déterminer l'intensité du contrôle judiciaire et les justifications de la discrimination acceptées.

En outre, dans le cas du désavantage systémique ou, autrement dit, du préjudice, qui est le résultat d'une intersection de motifs interdits, le problème qui se pose est le degré du contrôle et la justification ou l'exception applicable, étant donné que les juges n'exercent pas exactement le même contrôle sur les justifications susceptibles d'être

¹²²⁵ UCCELLARI PAOLA « Multiple discrimination: How Law can Reflect Reality », *The Equal Rights Review*, Vol. One (2008).

¹²²⁶ Requête n° 8777/79, *AFFAIRE RASMUSSEN c. DANEMARK*, Cour européenne des droits de l'homme, le 28 Novembre 1984.

¹²²⁷ V. également l'arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976, série A n° 22, p. 30, point 72.

¹²²⁸ La Cour a considéré les circonstances et le contexte général, sans oublier la marge d'appréciation dont les autorités doivent bénéficier en la matière. À ses yeux, celles-ci étaient en droit de penser que l'institution de délais pour l'engagement d'une action en désaveu se justifiait par le souci de garantir la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l'enfant. Sur ce point, le droit danois ne différait guère de celui de la plupart des autres États contractants ni de ce qu'il est aujourd'hui. Quant à l'inégalité de traitement établie entre maris et femmes, elle procédait de l'idée que de tels délais s'imposaient moins pour elles que pour eux car les intérêts de la mère rejoignaient d'ordinaire ceux de l'enfant dont, dans la majorité des cas de divorce ou de séparation, elle se voyait attribuer la garde. Si en 1982 le Parlement danois a modifié les règles en vigueur, c'est que les motifs sous-jacents à la loi de 1960 lui ont paru ne plus cadrer avec l'évolution de la société (paragraphe 22-24 ci-dessus); on ne saurait en inférer que la manière dont il avait analysé la situation vingt-deux ans plus tôt ne se défendait pas. La Cour conclut ainsi que la différence de traitement litigieuse n'était pas discriminatoire au sens de l'article 14 (art. 14).

fournies par le défendeur pour tous les motifs ou dans tous les champs de la discrimination¹²²⁹ et étant donné que les exceptions différentes s'appliquent aux différents motifs.¹²³⁰ D'ailleurs, de cette façon, les employeurs n'ont pas les mêmes obligations à l'égard de tous les motifs interdits. Alors, comment les juges peuvent-ils combiner ces différents degrés de contrôle face à une discrimination multiple ?

La solution idéale consisterait en un système où les juges accordent le même niveau de protection à tous les motifs, évitant d'établir une hiérarchie de ceux-ci, afin de faire correspondre la discrimination multiple à la réalité pratique.^{1231,1232} À cette fin, la législation en matière d'égalité devrait appliquer les mêmes concepts (par exemple, ceux de discrimination directe et indirecte), des définitions, des processus et des exceptions pour tous les motifs. Dans ce sens, la discrimination multiple devrait être traitée par une loi unique sur l'égalité, qui englobe tous les motifs.

Cependant, il est évident qu'un tel système serait incompatible avec le système actuel de la législation européenne contre la discrimination où les différences de périmètre des domaines où se rencontrent les discriminations (l'emploi, le logement, les services publics, la fourniture de biens et services) et les dérogations prévues concernant chaque motif par les directives sur l'égalité se révèlent particulièrement problématiques dans les cas de discrimination multiple.

Il peut certainement être intéressant d'étudier les possibilités de choisir une approche plus globale, harmonisant les mesures différentes lorsque cela est possible et souhaitable et limitant les différences là où cela est vraiment nécessaire. Mais, pareille harmonisation ne semble pas réalisable à court terme.¹²³³ Ainsi, il est nécessaire de rechercher une solution dans le cadre de la diversité existante des lois antidiscriminatoires.

¹²²⁹ LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE « Le principe de non-discrimination », *Droit Ouvrier*, mai 2001, p.186.

¹²³⁰ V. D. Martin, « Egalité et non-discrimination : les enseignements d'une approche comparative », *Revue de Droit du Travail*, déc. 2008, p. 760-763.

¹²³¹ UCCELLARI PAOLA « Multiple discrimination: How Law can Reflect Reality », *The Equal Rights Review*, Vol. One (2008).

¹²³² Contrairement à un autre avis, bien que toutes les hiérarchies soient évitables, une réflexion sur les hiérarchies entre les motifs de discrimination du point de vue de la discrimination multiple est nécessaire. BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions,, Manuscrit achevé en juillet 2009

¹²³³ Cormack and Bell,

L'on peut prétendre qu'une solution est offerte par une disposition prévue à l'article 4 de la loi générale allemande relative à l'égalité (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Treatment Act¹²³⁴). Conformément à celle-ci, « l'inégalité de traitement fondée sur plusieurs motifs prohibés doit être justifiée par rapport à chacun de ces motifs ». En parlant d'« inégalité de traitement fondée sur plusieurs motifs prohibés », la loi n'établit pas de distinction entre la discrimination multiple et la discrimination intersectionnelle ; les deux sont couvertes par la disposition.¹²³⁵ Il résulte de cette disposition que le juge est tenu d'appliquer de manière cumulative les dérogations en vigueur pour chacun des motifs pris séparément si, bien entendu, elles sont également applicables aux autres motifs.¹²³⁶ Par conséquent, les tribunaux doivent rechercher le plus haut niveau de protection disponible. En ce sens, il est déjà indiqué que lors de la création d'une disposition interdisant la discrimination multiple, il convient que le législateur adopte une disposition prévoyant qu'en cas de discrimination multiple une justification peut être acceptée uniquement si elle est applicable à tous les motifs interdit qui sont en interaction.

De ce qui précède, l'on peut conclure qu'une disposition capable de traiter la discrimination multiple serait la suivante :

La discrimination, survient :

(i) lorsqu'une personne (A) traite une personne (B) moins favorablement qu'une autre personne (C) est, a été ou serait traitée par elle dans une situation comparable liée à l'un ou plusieurs des motifs suivants : l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation ou l'identité sexuelle, l'âge, la situation de famille ou la grossesse, les caractéristiques génétiques, la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue par l'auteur, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'aspect physique, le nom de famille, le lieu de résidence, l'état de santé ou le handicap, ou

¹²³⁴ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG, 2006), BGBl. Teil I 17.8.2006, S. 1897

¹²³⁵ Beate Rudolf in « Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? » EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit EMPL/G/2 Theme Equality, Action against Discrimination: Legal Questions, achevé en juillet 2009 sous la direction de BURRI SUSANNE, SCHIEK DAGMAR

¹²³⁶ DELIYANNI-DIMITRAKOU CHRISTINE « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », RIDCR.I.D.C. 3/2013, p. 657 et s.

(ii) lorsqu'une personne (A) soumet une autre personne (B) à un préjudice lié à un ou plusieurs des motifs interdits de l'alinéa (i) ou à un désavantage systémique lié aussi à un ou plusieurs des motifs interdits de l'alinéa (i).

De cette façon le deuxième cas de discrimination interdite exigerait simplement que la personne B semble avoir été soumise à un préjudice pour une cause liée à un ou plusieurs des motifs interdits et n'exige pas de la personne « B » de démontrer que ce traitement était moins favorable que le traitement réservé à une autre personne, évitant la nécessité d'identifier un comparateur.

En outre, quand les juges doivent examiner si le comportement discriminatoire présumé est fondé sur un préjudice ou un désavantage systémique, ils seraient tenus d'évaluer le contexte législatif, historique et social de la discrimination en cause, la réalité et l'expérience vécues par les personnes touchées par cette discrimination.

Ensuite, ainsi que nous l'avons déjà mentionné, concernant la justification l'on a besoin d'une disposition prévoyant que l'inégalité de traitement sur la base de plusieurs motifs prohibés doit être justifiée par rapport à chacun de ces motifs. Aussi, une disposition qui introduira une obligation générale de faire des aménagements raisonnables à l'égard de tous les motifs ou d'une interaction entre ceux-ci offrira une protection réelle et effective aux victimes de la discrimination multiple.

L'on peut dire que modifier le cadre juridique de l'Union européenne semble urgent afin de lutter contre la discrimination multiple. En ce sens, il convient d'ajouter des dispositions dans les textes législatifs et non pas seulement dans les considérants des directives de l'Union européenne. Par ailleurs, les dispositions ne doivent pas être différentes pour chaque motif différent. Il ne serait pas productif d'inclure une telle règle dans un seul instrument juridique couvrant un nombre limité de motifs ou dont le champ d'application est limité.

Enfin, cette obligation législative de l'Union européenne incitera ses États membres à lutter explicitement contre la discrimination multiple.

E. La disposition législative adéquate sur la sanction de la discrimination multiple interdite

Selon un avis partagé par certains auteurs,¹²³⁷ le vécu de la discrimination multiple peut entraîner un désavantage renforcé. Sur cette base, ils suggèrent que les lois sur

¹²³⁷ UCCELLARI PAOLA « Multiple discrimination: How Law can Reflect Reality », The Equal Rights Review, Vol. One (2008).

l'égalité devraient permettre la prise en compte de la dimension de plusieurs motifs de discrimination multiple dans la détermination des sanctions, ce qui permettrait d'accorder une indemnité aggravée.

La juge L'Heureux-Dubé a également soutenu que : « Nul ne contesterait que deux projectiles identiques, lancés à la même vitesse, peuvent néanmoins laisser une marque différente sur deux types de surfaces différentes. De même, les groupes qui sont socialement plus vulnérables ressentent les effets négatifs d'une discrimination de législation plus vivement que si la même discrimination était dirigée contre un groupe qui n'est pas aussi vulnérable.¹²³⁸ »

Ainsi, selon cet avis, en raison de la vulnérabilité particulière d'un individu soumis à la discrimination multiple, les préjudices imposés à cette personne peuvent être plus profonds et cela doit être reconnu lors de l'octroi de dommages au titre du préjudice moral. L'on pense que, de cette façon, la loi permettra de prendre en compte la spécificité et de sanctionner le caractère aggravé que revêt la discrimination multiple.

Mais, la discrimination multiple revêt-elle vraiment un caractère aggravé par comparaison avec la discrimination fondée sur un seul motif ? Pourquoi un employeur qui a licencié un salarié en raison de sa religion doit être sanctionné plus qu'un autre employeur qui a licencié une salariée en raison de l'interaction entre sa religion et son sexe ? C'est-à-dire, pourquoi un employeur ayant licencié un salarié parce qu'il est, par exemple, musulman doit être sanctionné plus qu'un autre employeur qui a licencié une salariée musulmane qui porte le voile islamique à son travail ?

La discrimination multiple ne doit pas être punie plus sévèrement que la discrimination fondée sur un seul motif car, indépendamment de la nature de la discrimination, le fait pour les deux cas est le même. Vu que les différents motifs de la discrimination multiple n'agissent pas séparément mais en interaction, ils produisent une seule forme de discrimination. Ainsi, qu'il s'agisse de discrimination fondée sur un motif ou de discrimination fondée sur plus d'un motif, le fait est qu'une personne a vécu une seule forme de discrimination. Le cas est différent de la discrimination additive, où les motifs de discrimination n'interagissent pas entre eux et produisent deux formes de discrimination en même temps. Ainsi, il s'agit de discrimination additive lorsqu'une femme d'une minorité ethnique peut, dans une situation donnée,

¹²³⁸ Egan c. Canada, 1995

faire l'expérience de discrimination fondée sur le fait qu'elle est une femme et, dans une autre, de discrimination fondée sur son origine ethnique.¹²³⁹

Donc, dans les cas de discrimination additive où une personne fait l'expérience de deux (ou plus) situations de discrimination, il est certain que cette personne doit avoir droit à une double indemnisation. Cependant, dans les cas de discrimination intersectionnelle, la sanction ne peut être que la même que celle prévue pour la discrimination fondée sur un seul motif car la personne a vécu une seule situation discriminatoire.

L'on ne peut calculer l'indemnisation en se fondant sur la vulnérabilité de la personne mais sur la situation qu'elle a vécue. Ainsi, le montant de l'indemnisation allouée ne peut pas refléter le nombre des motifs de discrimination. Par ailleurs, ce qui importe c'est que la loi reconnaisse la discrimination multiple et non de sanctionner celle-ci de manière plus stricte que la discrimination fondée sur un seul motif.

En outre, au-delà de l'indemnisation, le salarié qui a subi la discrimination multiple doit avoir le droit de demander sa réintégration dans son emploi. Ainsi, la législation devrait prévoir qu'une mesure jugée discriminatoire, selon la définition de la discrimination précitée, est nulle et que le salarié peut demander sa réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent. L'employeur ne peut pas s'y opposer sauf si la réintégration est impossible. Si le salarié est réintégré dans l'entreprise, il doit avoir droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre la rupture et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé. S'il refuse la réintégration ou si celle-ci est impossible, il doit avoir droit aux indemnités de licenciement, aux indemnités compensatrices de préavis et de congés payés ou à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice.

F. Les mesures proactives

La nécessité de développer l'approche intersectionnelle juridique et d'autres mécanismes juridiques pour traiter la discrimination multiple ne doit pas faire oublier qu'il est également nécessaire d'identifier une pratique de fond pour prévenir et combattre la discrimination multiple. D'ailleurs, seule la législation ne peut pas créer

¹²³⁹Hannet, Sarah (2003), «Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial failure to Tackle Multiple Discrimination», *Oxford Journal of Legal studies*, Vol. 23, n° 1, p. 68.

une société sans discriminations. Des méthodes plus proactives sont nécessaires pour réaliser l'objectif d'égalité des chances pour tous.

Ainsi, adopter des dispositions et des politiques proactives est un préalable à l'élimination des inégalités complexes dont les personnes sont victimes. Néanmoins, les questions suivantes demeurent ouvertes : Quelle est la nature des mesures proactives à adopter au niveau de l'Union européenne et au niveau national afin que les politiques d'égalité et antidiscriminatoires existantes tiennent compte des victimes de discrimination multiple et de leurs groupes ? Quel doit être le contenu de ces mesures et dans quelle mesure leur adoption peut-elle se substituer au droit des personnes victimes desdites discriminations à revendiquer leurs droits par voie judiciaire ?

Il est incontestable qu'une protection efficace contre la discrimination multiple inclut la connaissance et la compréhension du phénomène. La discrimination multiple est très souvent le résultat de schémas structurels mixtes sociaux, économiques et socio-économiques. Par exemple, appartenir à un certain groupe de femmes et, en même temps, à un groupe ethnique spécifique d'immigrants où la religion peut mettre une forte pression sur les stéréotypes liés au sexe. Identifier ces structures est important pour pouvoir initier des changements, qui, à leur tour, peuvent être importants afin de prévenir la discrimination multiple.

Ainsi, il convient d'organiser les informations par les tribunaux et les autres autorités compétentes, les avocats, les syndicats et le grand public, de manière à sensibiliser aux situations où la discrimination est fondée sur plus d'un motif et donc faire la lumière sur de telles situations. La mise en œuvre de la pratique de la collecte de données peut bénéficier la recherche qui identifie les expériences et les aspirations de groupements des identités multiples et cela peut fournir un point de départ pour développer un état d'esprit à l'intégration de la diversité.

En ce sens, il faut que les organismes nationaux pour l'égalité, dont la mission est d'aider les victimes de discrimination, mettent leurs informations sur la discrimination multiple à la disposition des juges et des avocats. Ils devraient également proposer une formation à l'identification de la discrimination multiple aux personnes déclarant être victimes de discrimination, aux employeurs et aux syndicats. Cette formation agirait proactivement contre la discrimination multiple.

En ce point, il convient d'indiquer que l'accès aux informations concernant la discrimination multiple serait facilité par l'existence d'un organisme national unique pour l'égalité de traitement couvrant tous les motifs règlementés dans tous les

domaines. Aussi, un organisme unique pour l'égalité serait en mesure de fournir aux plaideurs des conseils intégrés sur tous les motifs, plutôt que de les contraindre à choisir parmi les institutions chargées de traiter d'un seul de motif.¹²⁴⁰

En outre, au niveau européen, l'existence d'une institution unique pour l'égalité réduirait les obstacles conceptuels à la lutte contre la discrimination multiple et permettrait de développer des stratégies coordonnées et cohérentes face à ces problèmes.¹²⁴¹ De plus, il convient de lancer des initiatives et des campagnes en vue de mieux sensibiliser les personnes à leurs droits à l'égalité de traitement et à l'accès à la justice mais aussi de sensibiliser les décideurs et les pouvoirs publics, y compris les autorités judiciaires, à l'existence du phénomène de la discrimination multiple. Surtout, il faut que l'on prenne en compte la discrimination multiple en intégrant systématiquement l'égalité aux politiques, aux stratégies, aux plans d'action contre la discrimination et même au soutien financier des activités en matière d'égalité.

Le rôle des médias a également été soulevé lors de différentes tables rondes en tant que facteur contextuel dans la compréhension de la discrimination multiple.¹²⁴² Les médias ont la capacité de diffuser les stéréotypes et les préjugés et influencer en ce sens l'opinion publique. Ainsi, l'importance de leur rôle dans la perception de l'identité et dans la manière dont on perçoit les autres et soi-même a fait l'objet de plusieurs recherches et a été le sujet de nombreux articles.

L'on avance que les médias traitent certains groupes et, ce, de manière obsessionnelle, selon des préjugés et clichés.¹²⁴³ Ceci est souligné par plusieurs membres d'ONG et d'organismes nationaux pour l'égalité de traitement. Ces personnes ont indiqué qu'après les attentats du 11 septembre à New York et à Washington D.C., une partie des médias a joué un rôle actif dans l'émergence d'une image négative des hommes musulmans issus de minorités ethniques en les dépeignant comme des terroristes potentiels. Ainsi, est-il nécessaire d'orienter les médias dans le sens opposé, afin qu'ils diffusent des actions, stratégies et campagnes contre la discrimination multiple.

¹²⁴⁰ HANNET SARAH (2003), «Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial failure to Tackle Multiple Discrimination», *Oxford Journal of Legal studies*, Vol. 23, n° 1, p. 68.

¹²⁴¹ HANNET SARAH (2003), «Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial failure to Tackle Multiple Discrimination», *Oxford Journal of Legal studies*, Vol. 23, n° 1, p. 68.

¹²⁴² Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, «Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », document achevé en septembre 2007, p 34

¹²⁴³ Zappone, Katherine (éd) (2003), «Re-thinking Identity The challenge of Diversity», p. 132. À la demande du forum Joint Equality and Human Rights Forum.

De tout ce que nous venons d'exposer, il ressort que, si l'on veut prévenir et combattre la discrimination multiple, les décideurs, les juristes, les prestataires de services, les instances administratives indépendantes, les ONG et même les médias doivent favoriser le dialogue et la compréhension des différents motifs et contribuer à une plus grande prise de conscience de la discrimination multiple.

Remarques de conclusion

Nous avons vu que, bien que le régime juridique européen et la législation nationale dans la plupart des États membres interdisent les discriminations fondées sur des motifs répréhensibles tels que le sexe, la race ou l'origine ethnique, l'âge ou l'orientation sexuelle, ils n'interdisent pas la discrimination fondée sur ces motifs lorsque ceux-ci interagissent entre eux, c'est-à-dire, ils n'interdisent pas la discrimination multiple¹²⁴⁴.

Pourtant, les personnes présentent une combinaison de ces traits. En d'autres termes, elles ont une identité multiple ce qui implique que l'inégalité de traitement est due à une combinaison de ces traits. Ce phénomène est aisément compréhensible. Toutefois, les ordres juridiques rencontrent des difficultés à le prendre en compte. Ainsi, privent-ils d'une protection légale efficace les victimes des discriminations multiples.

Il est remarquable que dans un arrêt de la Cour Suprême du Canada, les juges avaient estimé : « Nous n'aborderons jamais complètement le problème de la discrimination (...) si nous continuons à nous focaliser sur les catégories abstraites et sur les généralisations plutôt que sur leurs effets spécifiques (...). Dans la plupart des cas, le désavantage provient de la manière dont la société traite les individus en particulier, plutôt que d'une quelconque caractéristique propre à ces mêmes individus. »¹²⁴⁵

Ainsi, afin de sensibiliser et d'encourager la compréhension du phénomène de discrimination multiple, il est nécessaire de disposer de connaissances plus approfondies et de recherches bien plus nuancées analysant l'intersection de plusieurs motifs de discrimination. Sur cette base, c'est le système de catégorisation lui-même qui doit être contesté car il est totalement inadéquat et ne permet pas de reconnaître le

¹²⁴⁴ Ce constat, néanmoins, n'est pas universel. Nous avons indiqué que, dans les pays qui présentent une diversité marquée, tels que les USA, l'Australie et le Canada, la jurisprudence et la législation furent confrontées dès les années 1970 au problème des discriminations multiples.

¹²⁴⁵ Affaire Egan v. Canada 1995

sens réel de l'identité des personnes et, en conséquence, la discrimination fondée sur plus d'un motif, qui interagissent entre eux de sorte qu'ils sont complètement indissociables.

Nous avons déjà indiqué qu'afin de promouvoir une approche plus globale de l'identité humaine il convient d'adopter une approche multidimensionnelle et, surtout, intersectionnelle de l'égalité, basée sur l'appréciation globale de la situation individuelle de la personne dans son milieu. Cette approche amènera à examiner tous les faits de la cause et permettra aux tribunaux de reconnaître la discrimination multiple comme une forme de discrimination interdite.

En effet, le manque de disposition législative interdisant explicitement la discrimination multiple peut permettre aux juges de ne pas considérer l'hypothèse où la discrimination est fondée sur plus d'un motif. Aussi, l'absence d'interdiction explicite de la discrimination multiple ne permet pas de mettre en place des stratégies, des plans d'action, des actions de sensibilisation ou de surveillance spécifiquement axés sur la discrimination multiple. Sur ce point, la présente thèse suggère l'adoption d'une interdiction explicite de la discrimination multiple.

Conclusion

Dans la première partie de cette étude, nous avons examiné le handicap et la santé comme motifs de discrimination interdits. Ainsi, tout d'abord, nous sommes arrivés à l'analyse de la construction sociale du handicap qui, contrairement au modèle médical, déplace le problème loin de la personne et le resitue dans les processus sociaux liés à la diversité des hommes. Nous avons examiné l'obligation législative des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées et son application par la jurisprudence, les actions positives et leur rôle contre la discrimination sur le handicap ainsi que la justification des différences de traitement fondées sur le handicap. Nous avons étudié la Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées qui est devenue le noyau central de la législation et de la politique européenne sur le handicap en soulignant ses nouveautés.

En outre, au-delà de la notion de « handicap », nous nous sommes posé la question de savoir si la maladie et l'inaptitude sont en mesure de justifier un licenciement ou si elles constituent causes de discrimination. Il ne semble pas que le législateur européen

souhaite de les inclure parmi les raisons interdites de discrimination. En conséquence, la plupart des États membres suivent le paradigme européen dans leurs législations internes. Ainsi, en ce qui concerne les solutions applicables aux travailleurs affectés d'une inaptitude médicale, nous avons observé que bien qu'en France le médecin du travail est habilité à formuler des propositions de mesures individuelles que l'employeur est tenu de prendre en considération, dans la plupart des législations des États membres de l'Union européenne, qui ont adopté textuellement la directive européenne 2000/78, cette obligation de l'employeur est établie uniquement en faveur de personnes handicapées.

Mais, le bien-être d'une personne présentant une maladie ou une inaptitude peut être correctement protégée. En ce sens, en étudiant la législation de protection contre la discrimination fondée sur le handicap nous avons vu qu'elle a apporté des solutions là où la protection contre la discrimination fondée sur l'état de santé n'est pas réglementée. Dans la même section de la thèse nous avons examiné la protection, par le droit français, du salarié inapte et nous avons abordé les questions émergeant de cette protection.

Ensuite, dans la deuxième partie, nous avons examiné la discrimination multiple et nous avons relevé l'inefficacité de la législation européenne et, par conséquence, de la plupart des législations des États membres de l'Union européenne dans la lutte contre elle. Nous avons noté que c'est le système législatif de catégorisation lui-même qu'il convient de contester car il est totalement inadéquat et ne permet pas de reconnaître le sens réel de l'identité des personnes ni, par conséquent, la discrimination fondée sur plus d'un motif qui interagissent entre eux de sorte qu'ils sont complètement indissociables.

Sur ce point, nous sommes arrivées à la conclusion que le régime de protection contre la discrimination fondée sur le handicap peut également conduire à des solutions portant sur la reconnaissance de la discrimination multiple et la protection contre celle-ci, grâce à l'approche individuelle et à l'évaluation du contexte qu'il exige.

Ainsi, nous avons vu que, pour éviter les problèmes d'une approche catégorielle, il convient d'adopter une approche individuelle. Cette approche individuelle est déjà adoptée par la Cour de Justice de l'Union européenne en matière de détermination de ce qui constitue un handicap. Afin de se prononcer sur la question de savoir s'il s'agit d'un cas de discrimination fondée sur le handicap, la Cour apprécie la situation individuelle de la personne en examinant si le handicap déclaré par le requérant est

susceptible de faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les autres travailleurs. Elle ne se limite donc pas à une considération des restrictions ou des conditions biomédicales, évitant de cette façon de placer la personne dans une catégorie abstraite de la notion du handicap.

Donc, la législation antidiscriminatoire peut contraindre les juges de reconnaître les nombreux aspects de l'identité de personnes, en adoptant une approche individuelle, en évitant la catégorisation des personnes sur la base des motifs énumérés.

Ensuite, il est déjà indiqué que, dans la plupart des pays, la législation antidiscriminatoire traite chaque motif de discrimination séparément, s'appuyant sur une approche unidimensionnelle et ne cherchant pas à analyser les interactions entre les motifs. Par conséquent, elle distingue l'expérience vécue de l'identité des personnes et ne rend pas compte de la situation des personnes qui présentent des caractéristiques particulières pouvant les exposer à plusieurs discriminations. Ainsi, lors de la rédaction et l'application des lois sur l'égalité de traitement, il est important de donner aux juges la possibilité de comprendre et de reconnaître, dans l'évaluation individuelle des personnes, les aspects multiples de l'identité des personnes et ses particularités.

Il est remarquable, à ce point, que la Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées introduit l'interdiction formelle des discriminations multiples à l'égard des femmes et des enfants handicapés (articles 6 et 7) et prévoit que les États parties à la Convention prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer aux personnes handicapées des formes particulières d'assistance adaptées au sexe et à l'âge (article 16). Aussi, à son préambule, elle fait référence aux difficultés que rencontrent les personnes handicapées qui sont exposées à des formes multiples ou aggravées de discrimination. De cette manière, la Convention reconnaît et interdit la discrimination multiple fondée sur plus d'un motif en adoptant une approche multidimensionnelle.

Il résulte de la jurisprudence exposée dans la thèse mais aussi de la Convention relative aux droits des personnes handicapées que le vécu de la discrimination doit être abordé selon une approche multidimensionnelle et, surtout, intersectionnelle plutôt que selon une approche basée sur la prise en charge d'un seul motif de discrimination.

Après, l'examen de la jurisprudence concernée permet de conclure que, s'agissant d'explorer le phénomène de la discrimination multiple, il est important d'examiner le contexte dans lequel celle-ci survient. Cette analyse permettra aux tribunaux d'être en

mesure parfois d'éviter les conflits arides et confus sur l'identification de la comparaison appropriée soulignant principalement la raison pour laquelle le demandeur a été traité comme il l'a été. Cela conduira à l'examen de tous les faits de la cause.

Par ailleurs, les juges ont déjà évalué le contexte du travailleur en contraignant l'employeur de prévoir les aménagements raisonnables, en fonction des besoins individuels des personnes dans une situation concrète, afin de permettre à la personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer, d'y progresser, à moins que ces mesures constituent une charge disproportionnée. Ainsi, l'obligation des aménagements raisonnables amène à évaluer les pratiques auxquelles un individu est confronté, à travers une analyse contextuelle. Donc, cette obligation des aménagements raisonnables et de reclassement pour les salariées inapte en France constitue un aspect positif de l'individualisation des relations de travail qui pourrait être un outil dans la recherche de solutions en vue d'une protection efficace contre les formes les plus complexes de discrimination fondée sur plusieurs motifs qui sont en interaction.

Par la suite, nous avons vu qu'il convient que la législation antidiscriminatoire prévoie une obligation générale de faire des aménagements raisonnables à l'égard de tous les motifs ou d'une interaction entre ceux-ci. De cette manière, nous verrons les résultats que l'obligation des aménagements raisonnables pourrait avoir dans des cas de discrimination intersectionnelle.

En ce qui concerne la nécessité d'introduire une disposition législative interdisant la discrimination multiple, il est souligné qu'une telle disposition conduira non seulement à l'obligation pour le juge de statuer sur l'existence ou non de la discrimination multiple mais aussi à une meilleure sensibilisation au problème et au traitement des situations de discriminations multiples par les organisations luttant contre la discrimination. Aussi, une définition européenne de la discrimination multiple nous permettrait d'élaborer une conception commune du phénomène et faciliterait les plaintes déposées pour discrimination fondée sur plus d'un motif.

Cependant, au-delà de la reconnaissance et de l'interdiction de la discrimination multiple, il existe un besoin de dispositions législatives établissant le régime de preuve, de comparaison et de justification.

Il résulte de la jurisprudence qui a été exposée dans la présente thèse que l'interaction entre les motifs rend la recherche du comparateur plus difficile et exige une nouvelle méthodologie de preuve. Nous avons vu qu'afin d'éliminer les difficultés que pose la recherche du comparateur approprié, l'on peut recourir à la notion de la

dignité, que la Cour a la mission de protéger, et éviter une comparaison difficilement praticable.

En ce sens, le juge examinera si le comportement lié à un ou plusieurs motifs interdits portera atteinte à la dignité de la personne. Ensuite, en ce qui concerne la justification de la discrimination, il est suggéré l'adoption d'une disposition prévoyant que, dans les cas de discrimination multiple, une justification ne peut être acceptée que si elle est applicable à tous les motifs interdits qui sont en interaction. Une telle disposition offrira une protection accrue aux victimes de discrimination multiple car elle contraindra le juge d'appliquer de manière cumulative les dérogations en vigueur pour chacun de ces motifs, pris séparément, si, bien entendu, elles sont également applicables aux autres motifs.

La disposition adéquate en matière de lutte contre la discrimination multiple, proposée par cette thèse, prévoit que la discrimination interdite peut être liée à un ou plusieurs des motifs énumérés et inclut également les notions du préjudice et du désavantage systémique dans le but, de cette façon, d'éviter la nécessité d'identifier un comparateur et d'obliger les juges d'évaluer le contexte législatif, historique et social de la discrimination en cause, la réalité et l'expérience vécues par les personnes touchées par cette discrimination.

Au sujet de la sanction, la thèse adopte l'avis que le montant de l'indemnisation allouée ne peut pas refléter le nombre de motifs de discrimination mais, au même temps, il est souligné l'importance que revêt la garantie, par la législation, de la réintégration du victime de discrimination à son emploi. Aussi, la thèse souligne la nécessité des mesures proactives qui conduisent à l'élimination des inégalités complexes.

Enfin, cette étude vise à encourager l'introduction du concept de « *discrimination multiple* » dans la législation, tant de l'Union que des États membres. Cela donnerait une nouvelle impulsion à la lutte contre les discriminations et permettrait de combler le vide législatif existant.

Afin d'arriver à des recommandations et suggestions sur l'adoption d'une telle interdiction, nous étudions le système de protection contre la discrimination fondée sur le handicap et nous cherchons des solutions à travers de ce système, car il présente de nombreux avantages et, avant tout, il valorise l'expérience individuelle de la personne et resitue les individus dans le contexte des processus sociaux.

Ainsi, cette thèse suggère l'adoption d'une interdiction explicite de la discrimination multiple qui contraindrait le juge d'apprécier la situation individuelle de

la personne dans son milieu et de statuer sur l'existence ou non de la discrimination multiple. De cette façon, la loi évitera de catégoriser les personnes selon les motifs énumérés et reconnaîtra la diversité en éliminant la prise des décisions fondées sur les préjugés.

Par ailleurs, l'enjeu pour le droit consiste à reconnaître l'identité réelle des individus, afin de garantir leur pleine dignité. Ainsi, la reconnaissance de la réalité du vécu des personnes victimes de discrimination multiple n'est pas uniquement une question d'égalité. Elle est également une question de droits humains fondamentaux.

BIBLIOGRAPHIE

Articles

ADAM PATRICE « La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français », Droit Ouvrier juin 2008 p.313.

ADAM PATRICE « Une lecture de l'accord du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail », Revue de Droit du Travail juillet/août 2010, p. 428.

ALIPRANTISN., « Les droits sociaux sont justiciables ! », Droit Social 2006, p. 158
A-M, Le Pourhiet, « Pour une analyse critique de la discrimination positive » Le Débat, n° 114, mars- avril 2001 p. 169.

AMAUER –LATTES MARIE CÉCILE, « Pénurie de médecins du travail et visites médicales obligatoires », Droit social n 4 avril 2011, p 351.

ANTONMATTEI PAUL-HENRI, « Liberté, égalité, diversité », Droit Social n 11 2008, p 2.

ANTOINE LYON CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », Droit Social janvier 1990, p.68.

AOUSTIN HÉLÈNE, FERRE NATHALIE, « Discriminations, libertés individuelles et harcèlements », Liaisons Sociales quotidien, juillet 2002.

ASQUINAZI-BAILLEUX DOMINIQUE, « Accidents de travail et maladies professionnels » La Semaine juridique –édition sociale n 24, 14 juin 2011, 1289, p 49.

ASQUINAZI-BAILLEUX DOMINIQUE, « Assurance maladie Quid des indemnités journalières pendant un séjour à l'étranger ? », La Semaine juridique –édition sociale n24, 14 juin 2011, 1290, p 54.

AUBERT-MONPEYSSSEN THÉRÈSE, « Vous avez dit 'Laurent' ? », Revue de Droit du Travail mars 2010, p. 169.

AUBERT-MONPEYSSSEN THÉRÈSE, MOIZARD NICOLAS «Égalité : des exigences trop fortes ? », Revue de droit du travail 2012 p. 128

AUBERT-MONPEYSSSEN THÉRÈSE, « Travail de valeur égale : le regard du juge sur la gestion des entreprises », Revue de Droit du Travail, décembre 2010, p. 723.

AUBIN CLAIRE, JOLY BENJAMIN, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française ? », Droit social n 12 décembre 2007, p 1295.

AUBIN EMMANUEL, « La citoyenneté de l'Union européenne dix ans après : quid novi ? », ADJA 2003 p.2064.

AUDE LE MIRE, RPDS n 797-798 sept. –oct. 2011 p.2

AUVERGNON PHILIPPE, « L’obligation d’emploi des handicapés », Droit social n 7/8 Juillet- Aout 1991, p 596.

AUZERO GILLES, « L’inaptitude du salarié du peut être constatée par le médecin du travail au cours de l’exécution du contrat de travail », Revue de Droit du Travail, p. 433.

AUZERO GILLES « Le principe d’égalité de traitement dans l’entreprise », Droit Social septembre 2006 p 822.

AUZERO GILLES, « Modalités du remplacement définitif d'un salarié malade dans un groupe de sociétés »Revue de droit du travail 2012 p. 148

AUZERO GILLES, «Les conventions et accords collectifs de travail a l’épreuve de l’égalité de traitement », Droit Social janvier 2011, p52.

BARNAY THOMAS, SAUZE DAMIEN, SULTAN-TAIEB HELENE, « Le sante au travail : une préoccupation multiforme pour les économistes »Revue française des Affaires sociales, n° 4 octobre –décembre 2010, p. 9.

BARTHELEMY J. « Essai sur la parasubordination », Semaine Sociale Lamy 2003, p 6.

BATAILLE Ph., Le racisme au travail, 1997, La Découverte, p. 117

BELLOUBET-FRIER N., « Le principe d’égalité », ADJA 1998, p.158

BELORGEY JM & BRILLATR., « Quelle justice internationale pour les droits sociaux ? », D Soc 2008, p. 774

BERTHOU KATELL, « La preuve des discriminations a l’embauche en raison de l’origine », novembre 2010, p 635.

BERTHOU KATELL, « Différences de traitement esquisses des exigences professionnelles essentielles après la loi du 27 mai 2008 » Droit Social avril 2009 p. 410.

BERTHOU KATELL, « Le plafonnement des indemnités de licenciement en fonction de l’ancienneté peut il constituer une discrimination par l’âge ? », Revue de droit du travail 2009 p.519

BIZOT NATHALIE, « Toyota contre Toyota », Le Droit ouvrier, octobre 2010 n 747, p 548.

BLATMAN MICHEL, étude « L’effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport du défenseur des droits », Décembre 2016, défenseur des droits République française.

BUI-XUAN GILLES, COMPTE ROY, MIKULOVIC JACQUES, « La culture du handicap peut-elle être une culture du métissage », [http : // corpsetculture.revues.org/839](http://corpsetculture.revues.org/839).

BONICHOT J.-C., MELIN-SOUCRAMANIEN F. CE, ass., 28 mars 1997, *S^{té} Baxter et autres, Lebon*; RFDA 1997. 450, *ibid.* 460.

BONNARD- PLANCKE LAETITIA, VERKINDT PIERRE –YVES, « Egalite et diversité : quelles solutions ? », Droit social n° 11 Novembre 2006 p 968.

BONNARD- PLANCKE LAETITIA, VERKINDT PIERRE –YVES, « La lutte contre la discrimination syndicale Millénisme 2005 », Droit social n° 4 avril 2006, p 393.

BONNECHERE MICHELE « Santé sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail », Droit Ouvrier nov. 2003 p 453.

BONNECHERE MICHELE «Propos introductifs : l'affirmation et l'invocation des droits fondamentaux individuels et collectifs au travail », Droit Ouvrier janvier 2011, n° 750, p. 2.

BORDELOUP JEAN, « Faiblesses et aléas d'une politique publique : les différentes actions menées en faveur des handicapés », Droit social n° 6 juin 1994, p.586

BORZAKIAN JÉRÔME, « discrimination, activités syndicales.. », le Droit ouvrier, mai 2011 n° 754, p 321.

BOUAZIZ PAUL, GOULET ISABELLE, « Les pouvoirs du juge judiciaire dans le cas du licenciement d'un salarié protégé pour une inaptitude consécutive a des comportements fautifs de l'employeur », Le Droit Ouvrier, avril 2012, n° 765, p. 243

BOUJEKA AUGUSTIN « Le principe communautaire de non discrimination et la définition du handicap ». Recueil Dalloz 2006 n° 41 p 2801.

BOUSSARD-VERRECCHIA EMMANUELLE, PETRACHI XAVIER, « Système d'évaluation et critères comportementaux : vers une clarification », Le Droit Ouvrier janvier 2012, n° 762, p.1

BOUTAYEB CHAHIRA, *Le handicap au travail selon le juge de l'Union européenne à la lumière de l'arrêt Ring et Werge*, Revue de droit du travail 2013, p. 657

BOSSU BERNARD, « Liberté d'expression », La Semaine juridique –édition sociale

BROUSSY EMMANUELLE, DONNAT FRANCIS, LAMBERT CHRISTIAN, « Chronique de jurisprudence communautaire », AJDA 15 décembre 2008, p. 2327.

CALVES G., « *La discrimination positive*, PUF/Que sais-je ? », 2006, pp.25-26.

CACERES G. « L'aménagement raisonnable en matière religieuse : lorsque les concepts franchissent l'atlantique, Étude comparative : États-Unis /France », Revue de droit international et de droit comparé, 2012 n° 1.

CARLES MÉLANIE, dossier « L'action juridique contre les discriminations dans l'emploi », RPDS n° 797-798, septembre-octobre 2011, page 291.

CARON MATHILDE, VERKIND PIERRE-YVES « La réforme de la médecine du travail n'est plus (tout à fait) un serpent de mer.. », La semaine juridique-édition sociale n° 39,27 septembre 2011, page13.

CASTEL ROBERT, « De l'exclusion comme état à la vulnérabilité comme processus » in J. Affichard et J-B de Foucault, « justice sociale et inégalités », éd. Esprit, 1992, pp.135 à 148, p.144.

CHABROL RAYMOND, « Le droit à la compensation des conséquences du handicap », Droit Social, novembre 2004, p. 993.

CHARLES HELENE, DELATTRE SARAH, GEOFFROY ANNE-CÉCILE, « Handicapés : un léger mieux sur l'emploi », Liaisons Sociales/magazine janvier 2003 p 69.

CHAMPEAUX FRANÇOISE, « Derniers enseignements sur l'inaptitude », Semaine sociale Lamy, 10 janvier 2011, n° 1474, p.12.

CHAUMETTE PATRICK « Le médecin du travail, l'employeur et l'inspecteur du travail », Droit social 2003 p. 717

CHAUPAIN- GUILLOT SABINE, GUILLOT OLIVIER « Les absences au travail en Europe : quel impact du régime d'indemnisation maladie et de la législation de protection de l'emploi sur les comportements des salariés ? », Travail et Emploi n°120, octobre- décembre 2009, p.17.

CHASTAGNOL GREGORY, « Inaptitude, portée de l'obligation de transformation de poste : suppression de tâches, télétravail, formation diplômante », Jurisprudence Sociale Lamy 26 janvier 2012 n°314.

CHEGE ASABA VICTORIA , « Multidimensional Discrimination in EU Law : Sex, Race and Ethnicity », editions Auflage 2011 Nomos.

CHEVILLARD ALLAIN, « Négociation collective d'entreprise et suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes », Droit social n° 9/10 septembre –octobre 2009, page 923.

CHEVRIER E. « Licenciement pour remplacement d'un salarié harcelé moralement», Dalloz actualité 05 novembre 2006.

CHICHAM.-T. , À travail équivalent, salaire égal sans discrimination : détermination du lien avec un des critères de discrimination de l'article 10 de la charte, 1989, Commission des droits de la personne du Québec

CLAVER-FAUQUENOT MARIE-FRANCOISE, MARIGNIER NATACHA, RIGAUD FREDERIQUE « Maladie, Contrat de travail-indemnisation », Liaisons Sociales, numéros juridiques mai 2009.

CLIFFORD J. “Locating equality From historical philosophical thought to modern legal norms”, The Equal Rights Review, 1/2008 p.11,

CLIFFORD J. “Equality” dans D. Shelton, The Oxford handbook of international human rights law, Oxford university Press, 2013 p. 420.

COHU SYLVIE, LEQUET-SLAMA DIANE, VELCHE DOMINIQUE, « Les politiques en faveur des personnes handicapées aux États-Unis et au Canada », Revue française des Affaires sociales, no 4 octobre-décembre 2008 ,62^e année, p 91.

COHU SYLVIE, LEQUET-SLAMA DIANE, VELCHE DOMINIQUE, « Les politiques en faveur des personnes handicapées dans cinq pays européens » Revue française des Affaires sociales, n°2 avril-juin 2005, p.11.

CRUDDEN CHRISTOPHE, « L'efficacité des normes communautaires relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes », Droit social n° 6 juin 1994, p 604.

DABURON CORRINE, « Médecine prédictive : les dangers d'un nouveau pouvoir », Revue de droit sanitaire et social 2001 p.453.

DAGORNE-LABBE YANNICK, *Évolution européenne de la notion de handicap*, CJUE, 11 avril 2013, Petites affiches, 25 juin 2013, p.5

DANIEL JÉRÔME, « Egalité de traitement, Mise en œuvre du principe d'égalité en cas de différenciations catégorielles », La Semaine juridique, édition sociale n° 27, 5 juillet 2011, p 21.

DANIEL JÉRÔME, BAILLY MAXIME, « L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise : la confusion des genres », La Semaine juridique – édition sociale n° 38, 20 septembre 2011, 1409,p 17.

DANIEL JOSEPH, « Quelques réflexions pratiques sur l'inaptitude et le reclassement des travailleurs déclarés inaptes », Le Droit Ouvrier, mars 2010 n 740, page 130.

DE BURCA GRAINNE, « The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law », The American Journal of Comparative Law», volume 60 number 1, winter 2012.

DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Le droit comparé à l'épreuve du pluralisme juridique et de la mondialisation », études de l'IRDEIC, presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole.

DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Fundamental rights and private relations in greek and european law », Sakkoulas Athens- Thessaloniki publications

DELIYIANNI-DIMITRAKOU CHRISTINA « Droit comparé et droit européen de la non-discrimination », Sakkoulas Athènes-Thessaloniki 2017, en cours de publication

DEVYS CHRISTOPHE, « Inaptitude physique et obligation de reclassement », Droit social n° 9/10 Septembre – Octobre p. 962.

DIEU ANNE- MARIE, DELHAYE CHRISTINE, CORNET ANNIE,« Les femmes au foyer: des activistes méconnues et peu valorisées en employabilité », Travail et Emploi n° 122, avril-juin 2010, p 27.

DORSNER-DOLIVET ANNICK, «Les responsabilités civiles encourues du fait de la contamination d'un malade par le virus du SIDA à la suite d'une transfusion sanguine», Recueil Dalloz 1992 p.85.

DORVIL HENRI, MAYER ROBERT « Le handicap. Origines et actualité d'un concept » Un article publié dans l'ouvrage Problèmes sociaux. Tome I. Théories et méthodologies. Première partie, chapitre 8, pp. 191-215. Québec: Les Presses de l'Université du Québec, 2001, 592 pp. Collection : Problèmes sociaux et interventions sociales.

DOCKES EMMANUEL, « L'Europe anti-sociale » RDT mars 2009 p 145.

DRAI LAURENT, « Report des congés payés en cas d'absence pour maladie », La Semaine juridique - édition sociale n° 27, 5juillet 2011, 1324, p 31.

DRAI LAURENT, «Harcèlement : Présomption de harcèlement moral via une lettre de licenciement, cass.soc., 29 sept.2011, n 10-12.722, FS-P+B » La semaine juridique-édition sociale n° 47, 22 novembre 2011.

DREYFOUS JEAN-DAVID, « Marches de moins de 4 000 € le cadeau empoisonné fait aux acheteurs publics », Décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004. JO 30 novembre 2004, p. 20310, AJDA 2005 p. 30

DRIGUEZ LAETITIA, « Preuve des discriminations à l'embauche », Europe-Revue Mensuelle Lexis nexisjuris classeur- juin 2012, p.24

DULONG RENAUD «Dynamiques professionnelles dans le champ de la santé, interrogations sociologiques sur le handicap sensoriel», Revue Française des affaires sociales, janvier –mars 2005, p.63.

DUPLAT JACQUES, « Inaptitude. La portée de la décision de l'inspecteur du travail », Semaine Sociale Lamy n°1165, 19 avril 2004.

EMENS ELIZABETH, «Disabling Attitudes : U.S. Disability Law and the ADA Amendments Act», p 205 The American Journal of Comparative Law», volume 60 number 1, winter 2012.

ELBAUM MIREILLE, « Les reformes en matière de handicap et de dépendance : peut-on parler de « cinquième risque » ?, Droit Social n°11 Novembre 2008, p 1091.

ELLIS EVELYN, “Anti- Discrimination Law”, Oxford University Press 2005

EVERAERT –DUMONT DOMINIQUE, « Discrimination dans l'attribution de jours de congés supplémentaires », La Semaine juridique –édition sociale n° 27, 5 juillet 2011, 1323, p 27.

FABRE MAGNAN MURIEL, «Le domaine de l'autonomie sociale. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », Recueil Dalloz 2008, p 31.

FANTONI-QUINTON SOPHIE, VERKINDT PIERRE-YVES « Drogue(s) et travail : des liaisons dangereuses », Droit social n 6 juin 2011, p 674.

FANTONI-QUINTON SOPHIE, FRIMAT PAUL, LECLERCQ GILLES,« Un avenir pour la santé au travail sans « aptitude périodique » est possible » La semaine juridique-édition sociale n° 48,29 novembre 2011, page10.

FAVENNE–HERY FRANÇOISE, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », Droit Social janvier 2007, p. 3

FORTIS ÉLISABETH, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », AJ Pénal 2008 p. 303

FRANKE KATHERINE, 1997, « What's wrong with sexual harassment ? », *Stanford Law Review*, 49, n° 4, pp. 691-772.

FRASER NANCY and HONNETH AXEL "Redistribution or Recognition", 2003.

FREDMAN SANDRA, « Un double problème : la discrimination multiple et la législation de l'Union européenne », *Revue du droit européen*, édition n° 2, 2005, p.13.

FRIEDMAN SADRA, « Capitalisme et liberté », 1962, p.113.

FREDMAN SADRA, "Discrimination Law", Oxford University Press 2011.

FROMONT BRIENS, « Inaptitude physique, sursis à statuer dans l'attente de la décision du tribunal administratif », *Jurisprudence Sociale Lamy* 3 janvier 2012, n°313.

FROMONT JEAN-YVES, « À propos de la discrimination au travail », *Revue de Droit du Travail*, septembre 2012, p 467.

FROUIN JEAN-YVES, « La rupture pour inaptitude », *Droit Social* n° 1 janvier 2012, p. 22.

FROUIN JEAN-YVES, « L'étendue de l'obligation de reclassement de l'employeur au regard des souhaits exprimés par le salarié », *Revue de Droit du Travail* janvier 2009, p. 37.

GIRAULT CAROLINE, « Génétique et emploi », *Le Droit Ouvrier*, janvier 2011, n° 750, p. 22.

GARDAIR-REROLLE NATHALIE, « Maladie et garantie d'emploi : le délai de garantie s'apprécie à la date d'envoi de la convocation à l'entretien préalable, Cass.soc., 29 juin 2011, pourvoi n 10-11.052, arrêt n 1524 P+B », *Jurisprudence Sociale Lamy* - 30 novembre 2011 n° 310, page 290.

GARDIN ALEXIA, « Consommation d'alcool et de drogue(s) en milieu de travail », *RJS* 8-9/11, p 593.

GARDIN ALEXIA, « Pacs, mariage et discrimination : quand le juge judiciaire résiste à la Halde », *Revue de Droit du Travail*, janvier 2011, p. 43.

GERNIGON BERNARD *Droit Social*, n° 5, mai 1982, p.426.

GILLES MATHIEU, « Sida et droit pénal » *Revue de science criminelle* 1996 p.81.

GILLES BUI-XUAN, ROY COMPTE ET JACQUES MIKULOVIC, « La culture du handicap peut-elle être une culture du métissage ? », *Corps et culture* [En ligne],

Numéro 6/7 | 2004, mis en ligne le 12 octobre 2007, Consulté le 19 janvier 2012. URL : <http://corpsetculture.revues.org/839>

GOGOS-GINTRAND AMELIE, « L'égalité de traitement des salaires ou l'éternelle question de la légitimité des différences », Droit Social septembre 2012, p 804.

GOMEZ- MUSTEL MARIE-JOSÉ « Les enjeux de l'obligation d'adaptation », Droit social, 5 mai 2004, p. 499.

GOSSELIN H. « Accord collectif et principe d'égalité de traitement », RJS 8-9/2011, p599.

GOULAS DIMITRIS ET KOFINIS STERGIOS “La nouvelle loi 4443/2016 sur l'interdiction de discrimination, une première approche interprétative et critique”, Revue : Inspection du droit du travail, Volume 75 Numéro 11 année 2016

GOURDOL RACHEL, « maladie...association Languedoc aides et services contre Guibal », Le Droit ouvrier mars 2006, p 149.

GRASS ETIENNE, « Discriminations en fonction du sexe dans les assurances : les contre-pieds de l'arrêt Test-Achats », Droit Social n° 6 juin 2011, p 689.

GRATALOUP SYLVAIN, « Sida et prestations sociales ».

GRUMBACH TIENNOT, « Pour conclure et tenter de distinguer entre la gestion disciplinaire affichée, la discrimination inavouée et le harcèlement dissimulé », Droit Ouvrier mai 2001, p.218.

GUYOT HENRI, « L'employeur face au harcèlement moral », La Semaine juridique, édition sociale n° 24, 14 juin 2011, 1280, p 25.

HAMMARBERG THOMAS «Le Protocole du Conseil de l'Europe contre la discrimination est important», disponible sur le site du Commissaire, sur www.commissioner.coe.int".

HEAS FRANCK, « État de santé, handicap et discrimination en droit du travail », La semaine juridique-édition social n° 24. 14 juin 2011.

HEAS FRANCK, « Organisation collective du travail et sécurité des salariés », Le Droit ouvrier Aout 2008, p 424.

HEAS FRANCK, « Le droit au reclassement du salarié, en cas de restructuration de l'entreprise ou de l'altération de sa santé », Droit ouvrier octobre 2007 p. 452

HEAS FRANCK, « Les conséquences de la déclaration d'incapacité totale du salarié », Droit Ouvrier décembre 2004 p.541

HEAS FRANCK « La motivation du licenciement en cas d'inaptitude du salarié » RDT 2008 p 379.

HEAS FRANCK « La réaffectation du salarié inapte » Revue de droit du travail 2012 p. 358 Soc. 7 mars 2012 n° 11-11.311, à paraître au Bulletin de droit du travail 2012 p. 358

HENRY MICHEL « Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations », Droit Ouvrier mai 2001, p. 194.

HENRI DORVIL, « Le handicap. Origines et actualité d'un concept » Un article publié dans l'ouvrage sous la direction de Henri Dorvil et Robert Mayer, Problèmes sociaux. Tome I. Théories et méthodologies. Première partie, chapitre 8, pp. 191-215. Québec: Les Presses de l'Université du Québec, 2001, 592 pp. Collection : Problèmes sociaux et interventions sociales.

HENDRIKS AART “The UN disability Convention and (multiple) discrimination (should EU non discrimination law be modelled accordingly?)”, Citation 2 Eur. Y.B. Disability L. 7 2010

HERVE GUYADER, « Invalidité, une résiliation fondée sur la mise en invalidité ne peut s'exonérer de la constatation préalable de son inaptitude par le médecin du travail », jurisprudence Sociale Lamy 26 janvier 2012.

HOUSER MATTHIEU, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge. », Revue Française du Droit Administratif mars –avril 2010, p.323

JAHIEL RENE, « Évaluation de l'American with disabilities Act », Revue française des Affaires sociales, n° 4 octobre –décembre, 2008, 62^e année.

JEAMMAUD ANTOINE, « À quoi sert l'évaluation des salaires ? », Revue de Droit du Travail, p.499.

JEAMMAUD ANTOINE « Du principe d'égalité de traitement des salariés » Droit social juillet/août 2004, p. 694.

JOSEPH DANIEL, « Quelques réflexions pratiques sur l'inaptitude et le reclassement des travailleurs déclarés inaptes », Le Droit Ouvrier, mars 2010, n° 740, p 130.

JOURDAN DOMINIQUE, « Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », La Semaine Juridique-édition sociale n 43, 25 octobre 2011, page 15.

JUNTER ANNIE, « Les mesures proactives : une méthode au service de l'égalité », Revue de Droit du Travail. Juillet- août 2006 page 72.

KARIMA SAID, « Les justifications des mesures discriminatoires : un contrôle limite des juges du fond ? », Revue de Droit du Travail juin 2012, p 364.

KAPP THOMAS, « La contestation de l'avis du médecin du travail devant l'inspecteur du travail », Droit social n° 2 Février 2011, p 159.

KELLER MARIANNE, « Les principes du droit civil de la réparation de l'entier préjudice appliqués aux rapports de travail », le Droit ouvrier Avril 2011, n° 753 p 234.

KELLER MARIANNE, « La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations », Recueil Dalloz 2002 p.1355.

KELLER MARIANNE, « La forme, sœur jumelle des libertés dans l'entreprise et devant le Conseil de prud'hommes », Droit ouvrier septembre 2007. 399

KELLER REMI, « Le salarié peut-il contester indéfiniment l'avis du médecin du travail sur son aptitude physique ? », (Conseil d'État, 27 juin 2011) », Droit Social n° 11 novembre 2011, page 1043.

KESSLER FRANCIS, « Licenciement pour motif économique d'un salarié handicapé en atelier protégé ». (Soc. 8 juin 1994, Bull. civ. V, n° 193, RJS 7/94, n° 849) Revue de droit sanitaire et social 1995 p. 620

KOBINA GABA HAROLD « Harcèlement moral, comportement « fautif » du salarié en réaction à son harcèlement moral : nullité du licenciement », Jurisprudence Sociale Lamy 27 septembre 2011 n° 306-6.

KOFINIS STERGIOS « L'égalité et l'interdiction de la discrimination », éd. Sakoulas, Athens-Thessaloniki 2016.

LABORDE JEAN –PIERRE, « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », Droit social n° 7/8 juillet- août 1991, p 615.

LABORDE JEAN –PIERRE, « Quelques réflexions sur le projet de loi sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées », Droit social 2004 p. 986.

LACOSTE-MARY VALÉRIE, « Inaptitude et engagement de la procédure de licenciement : l'absence de discrimination », Le Droit Ouvrier septembre 2005, p 381

LAMARCHE THIERRY, « Pour la possibilité de suppléer la dictée faite au notaire, lors de la rédaction d'un testament authentique, par d'autres formes d'expression de la volonté. », Recueil Dalloz 2011 p.2359.

LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail », Droit social n° 7/8 Juillet/Aout 2007, p 861.

LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 » Droit social 2008, n° 7/8, p. 778.

LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE «Le principe de non- discrimination », Droit Ouvrier mai 2001, p.186.

LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE, « L'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes, réalisée en cinq ans ? », Droit Social juin 2008, p.624.

LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE, « Discrimination », 2010/2011, Dalloz.

LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE « Maternité et discrimination dans la carrière », Droit Ouvrier septembre 2010, p 475.

LARDY-PELISSIER BERNADDE, « Définitif, c'est définitif ! A propos du remplacement d'un salarié malade », Revue de Droit du travail juin 2011, p 372.

LARDY-PELISSIER BERNADDE, « La santé du salarié : de la prévention au reclassement », Semaine sociale Lamy Supplément n°1523, 30 janvier 2012.

LATTES JEAN-MICHEL, thèse 1989, Le principe de non-discrimination en droit du travail.

LAULOM SYLVAIN, « Le contrôle strict des différences de traitement fondées sur l'âge par la Cour de cassation| », Recueil Dalloz 2010 p. 2489.

LAULOM SYLVAIN, «Harmonisations législatives et stratégie européenne pour l'emploi », Revue de droit du travail 2007, p 710.

LAULOM SYLVAIN, « Actualité Droit Social de l'Union Européen 2009 »Semaine sociale Lamy Supplément ,3 mai 2010, n°1444.

LAULOM SYLVAIN, « Égalité de traitement entre les personnes : une directive de trop ? »Controverse, Revue de Droit du Travail 2009, p. 8

LAURENT SYLVAIN, « Discrimination : le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées », n° 5 mai 2008, p 586.1

LEBORGNE-INGELAERE CÉLINE, « Harcèlement moral : prescription des faits fautifs et conséquences de l'obligation de sécurité de résultat dans la ligne de mire de la Cour de Cassation. (Cass.soc. 29 juin 2011, n 09-70.902, FS-P+B) » La semaine juridique-édition sociale n° 42. 18 octobre 2011. Page 19.

LEBORGNE-INGELAERE CÉLINE, « Précisions sur le délit de harcèlement moral (Cass.crim. 24 mai 2011, n° 10-87.100 F-D) », La semaine juridique-édition sociale n° 42. 18 octobre 2011. Page 23.

LE CLAICHE CHRISTINE et DEMUIJNCK G. « Handicap et accès à l'emploi, efficacité et limites de la discrimination positive », <http://www.cee-recherche.fr>.

LEMAIRE FÉLICIEN, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque? », Revue Française de droit administratif 2010 p.301.

LEROY YANN, « Les éléments d'appréciation de la discrimination indirecte en matière d'égalité entre hommes et femmes », Droit Ouvrier mai 2001, p. 229.

LEVAUX MARIE-NOËLLE, OFFERLIN-MEYER ISABELLE, LAROI FRANK, VAN DER LINDEN MARTIAL, DANION JEAN –MARIE, « Déficits cognitifs et difficultés d'insertion professionnelle chez des personnes présentant une schizophrénie » Revue française des Affaires sociales, 2009.

LEVY MICHEL, « Protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou leur handicap », loi n 90-602 du 12 juillet 1990, JO 13 juillet 1990, p 8222. Revue de droit sanitaire et social 1990 p 784.

LHERNOULD JEAN –PHILIPPE, « La discrimination en raison de l'orientation sexuelle », RJS 4/11, p 261.

LHERNOULD JEAN –PHILIPPE, « Non-discrimination en raison de la nationalité en matière sociale », Droit social n° 6 juin 2011, p 694.

LIMA LEA, « Le travail social critique en Grande Bretagne », Revue française des Affaires sociales, n° 4 octobre - décembre 2010, p. 75

LOCHAK D. « Réflexion sur la notion de discrimination », Droit Social n° 11, 1987, p. 778.

LOCIEC PASCAL, « La discrimination génétique », Revue de Droit du Travail, novembre 2011, page 663.

LYON-CAEN G. « Les caractères originaux du droit social européen », Etudes L. JULLIOT de la Morandière, Dalloz, 1964, p.325.

LYON –CAEN ANTOINE « Feu la HALDE », Revue de Droit du Travail janvier 2011 p.1.

LYON –CAEN ANTOINE, Revue de droit du travail 2012 p. 121

MACKINNON CATHARINE, 1979, *Sexual harassment of working women*, New Haven et Londres, Yale University Press. p. 172

MAGGI- GERMAIN NICOLE, « La construction juridique du handicap », Droit social n° 12 Décembre 2003 p. 1092.

MANANGA FRANCISCO, « Le statut du travailleur handicapé mental en Établissement ou Service d'Aide par le Travail (ESAT) et l'application du droit du travail », Revue de Droit du Travail, Février 2008, p.89.

MALLOL FRANCIS, « La clause d'un contrat administratif qui emporte une discrimination lors de l'accès à l'emploi en raison de l'état de santé ou du handicap méconnaît le Principe d'égalité. », ADJA 1996 p.1046

MARCON AGATHE, CHAMPEAUX FRANÇOISE, « Une mobilité liée a l'état de santé est discriminatoire », Semaine sociale Lamy, 2 mai 2011, n° 1490, p.13.

MARTIN DENIS, Commission européenne, Service juridique, SOPHIE LATRAVERSE, Direction juridique de la HALDE, Approche comparative du droit de la non-discrimination. Revue de droit du travail 2008 p. 760

MARTIN DENIS, MARIE MERCAT-BRUNS, Revue de droit du travail 2009 p. 58, Approche comparative du droit de la non-discrimination deuxième partie.

MARTIN DENIS, « Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, étude critique a la lumière d'une approche comparatiste », éd. Bruylant 2006.

MARTIN PHILIPPE, La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail? Un point de vu français et comparatif, RIDC, 2011, p. 585

MASSE-DESSEN HÉLÈNE, « Salariés ou victimes ? Harcèlement et évolution du droit du travail », Semaine Sociale Lamy Supplément 10 octobre 2011 n° 1508, page 227.

MAYAUD YVES, « La HALDE, une trop Haute autorité ? Propos hétérodoxes sur un transfert de répression » Droit social n° 9/10 septembre – octobre 2007

MAZIERES A. « Obligation d'adaptation » Droit ouvrier 2010 p. 537

MEKHANTAR JOËL, « La lutte contre les discriminations en matière d'accès aux emplois publics», AJFP 2011 p. 146

MAKKONEN TIMO, «Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experience of the Most Marginalized to the Fore, Institute for Human Rights», ÅboAkademy University, 2002, p. 1-65,

MERCAT-BRUNS MARIE, « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », *Revue de droit du travail* 2007, p 360.

MERCAT-BRUNS MARIE, « Retour sur la discrimination fondée sur l'âge » *Revue de droit du travail* 2010 p. 587.

MERCAT-BRUNS MARIE, « Âge et discrimination indirecte : une jurisprudence en gestation, Soc. 19 octobre 2010, n° 08-45.251 et 30 avril 2009, n° 07-43.945, à paraître au *Bulletin*. », *Revue de droit du travail* 2011, p 441.

MARIE MERCAT BRUNS, « Discriminations en droit du travail, Dialogue avec la doctrine américaine », éditions Dalloz 2013.

MINE MICHEL « Brefs propos sur les apports du droit communautaire en matière de discrimination », *Droit ouvrier* mars 2000, p. 97.

MINE MICHEL, « Discrimination de rémunération entre les femmes et les hommes : une loi ambiguë », *Revue de Droit du travail*, février 2011 p 121.

MINE MICHEL, « Consécration jurisprudentielle de la notion « discrimination indirecte » Soc. 9 janvier 2007, pourvoi n° 05-43.962, publié au Rapport et au Bulletin, *Revue de droit du travail* 2007, p 245.

MINE MICHEL, « Les nouveaux apports du droit communautaire pour l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'emploi et le travail, *Droit Ouvrier* 2004, p.352

MINE MICHEL, « Discriminations : une transposition laborieuse », *Revue de droit du Travail*, septembre 2008, p. 532.

MINE MICHEL, « La discrimination à l'embauche devant le juge pénal », *Dr. ouvrier* juillet 2003, p. 270.

MINE MICHEL, « Droit des discriminations dans l'emploi et le travail », éditions Larcier 2016.

MULLE FABRIENNE, SCHIMIT MÉLANIE, « Droit social communautaire décembre 2007 - septembre 2008 » *Recueil Dalloz*, 2008. p. 3038.

MUSHABEN JOYCE MARIE « women between a rock and hard place : State neutrality vs. Eu anti- discrimination mandates in the German headscarf debate », *German Law Journal* Vol 14 No 9.

MOIZARD NICOLAS, « Le principe d'égalité de traitement peut-il faire l'objet d'une QPC ? », *Semaine Sociale Lamy* 12 décembre 2011.

MOIZARD NICOLAS, « Justification d'une discrimination directe et exercice du pouvoir de direction », Revue de droit du travail 2012 p. 159

MOIZARD NICOLAS, « Charge de la preuve d'une discrimination à l'embauche », revue de Droit du Travail, septembre 2012 p.497.

MORAND MICHEL, JOURDAN DOMINIQUE, GWENNHAEL FRANCOIS (Barthelemy avocats), Sommaire « La discrimination. L'égalité professionnelle », Numéros juridiques, Liaisons Sociales, septembre 2011.

MOREAU MARIE-ANGE, « Les justifications des discriminations », Droit social n 12 décembre 2002, p 1112.

MOREAU MARIE-ANGE, « Pour une politique de santé dans l'entreprise », Droit social n 9/10 septembre –octobre 2002, p 817.

MOULY JEAN « La résolution judiciaire du contrat de travail a durée déterminée des salariés victimes d'une inaptitude physique a l'emploi : Une résolution en trompe-l'œil », Droit social 2000 p.1068.

MOULY JEAN, « Rupture anticipée du CDD pour inaptitude physique : une nouvelle immixtion des règles du CDI », La Semaine Juridique- Édition Sociale n 45. 8 novembre 2011, page 11.

NUSSBAUM MARTHA “Women and Human Development, The Capabilities Approach”, Cambridge University Press, 2000 Frontiers of justice, Disabilities, Nationality, Species Membership 2006,

OLIVIER GARAND, « Obligation de sécurité de résultat et sante mentale : une articulation inadaptée », La Semaine Juridique - Edition sociale n° 24. 14 juin 2011.

OPPENHEIMER DAVID B., FOSTER SHEILA R SORA Y. HAN, “Comparative Equality and Anti-Discrimination Law, Cases, Codes, Constitutions, and Commentary”, Foundation Press 2012.

PACHOUD BERNARD, LEPLÈGE ALAIN, PLAGNOL ARNAUD, « La problématique de l'insertion professionnelle des personnes présentant un handicap physique : les différentes dimensions à prendre en compte », Revue française des Affaires sociales, 2009.

PARICARD SOPHIE, « Le dépistage systématique du VIH : une évolution majeure proposée par la Haute Autorité de santé », Revue de droit sanitaire et social 2010 p.299.

PAPANDREOU MARIOS, "From policies against poverty to the human right not to be poor", Wolf Legal Publishers (WLP) 2016

PELISSIER G, « Le principe d'égalité », LGDJ 1996. 29

PERRIN L., « Inaptitude : non renouvellement du contrat et discrimination en raison de l'état de santé », Dalloz actualité 21 février 2011.

PERRIN L., « Le rattachement de l'obligation d'adaptation au poste de travail à l'obligation patronale de sécurité de résultat », Dalloz actualité 11 janvier 2008.

PERRIN L., « Modulation du temps de travail : incidence des absences sur le calcul des heures supplémentaires. », Dalloz actualité 07 mars 2011.

PESCHAUD HENRI, « Services de santé au travail : en voie de guérison ? », Petites affiches 15 novembre 2011, n 227.

POIRIERMIREILLE, « Egalité de traitement et différences de statut », Le Droit Ouvrier septembre 2009 p. 425.

PIGNARRE GENEVIÈVE, PIGNARRE LOUIS-FRÉDÉRIC Entretien de la tenue de travail : « La boucle est bouclée ! » Soc. 19 janvier 2012, n^{os} 10-31.013 à 10-31.045, inédits Revue de droit du travail 2012 p. 161

PORTA JÉRÔME, « Égalité, discrimination et égalité de traitement À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination 1^e & 2^e partie », Revue de Droit du travail, p. 290 p. 354.

PRALUS-DUPUY JOËLLE, « Le harcèlement sexuel », Recueil Dalloz 1993, p 53.

PY BRUNO, « La définition du harcèlement sexuel est-elle satisfaisante ? », Revue de Droit du travail, Juin 2011, p 348.

QUENANDAM RENÉ, « Codes de conduite et dispositifs d'alerte. Les réponses de la Cour de Cassation », Revue de Droit du Travail, mars 2010 p.171.

QUINN GERARD, FLYNN EILIONOIR, « Transatlantic Borrowings : The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability », The American Journal of Comparative Law, winter 2012, number 1, p. 23

RADE CHRISTOPHE, « Harcèlement moral. Éléments constitutifs. Caractère intentionnel non obligatoire », Droit Social janvier 2010, p.110.

RAY JEAN-EMMANUEL, « Devoirs d'adaptation et obligations de reclassement », Droit Social septembre-octobre 2008, p. 949.

RAVAUD J.-F., MADIOTET B. I. Ville, « Discrimination towards disabled people seeking employment », *Social Sciences and Medicine*, vol. 35, no 8, 1992, p. 951-958.

RAVEZ DANIEL, ZISSMANN AGNÈS, « Échange sur le thème de la réparation intégrale du préjudice ‘Quantum et tabous’ », *le Droit ouvrier*, avril 2011 n°753, p. 247.

RECHOULET PHILIPPE, « Discrimination, état de santé, Travailleur handicapé, Réintégration », *Le Droit Ouvrier*, avril 2012 n° 765, p. 287.

RIBAS J-J. « La politique sociale des communautés européennes », Dalloz, Paris 1968.

ROMIEN PIERRE, « À l’origine de la réinsertion professionnelle des personnes handicapées : la prise en charge des invalides de guerre », *Revue française des Affaires sociales*, n°2 avril-juin 2005, p.229.

ROY-HATALA CLAIRE, « Le maintien dans l’emploi de personnes souffrant de handicap psychique, un défi organisationnel pour l’entreprise » *Revue française des Affaires sociales*, 2009

RUBINSTEIN Michael, 1987, « La dignité des femmes dans le monde du travail : Rapport sur le problème du harcèlement sexuel dans les États membres des Communautés européennes », Bruxelles.

SAADA RACHEL, « La non discrimination homme/femme », *Le Droit ouvrier* 2001, mai, p. 207.

SACHS-DURAND CORINNE, « Harcèlement et discrimination en droit interne et en droit communautaire : brèves remarques » *Revue de Droit du travail*, janvier 2007, p. 39.

SACHS-DURAND CORINNE, QUENAUDOM RENÉ, SAÏD KARIMA, « La loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d’adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : vers l’admission d’une justification des discriminations ? », *Revue de Droit du Travail* juin 2008, p.385.

SAGUY ABIGAIL « Les conceptions juridiques du harcèlement sexuel en France et aux États-Unis. »

SAÏD KARIMA, « La justification des mesures discriminatoires : un contrôle limité des juges du fond ? » *Chambéry, ch. soc.*, 9 juin 2011, n° 10/00578, *Revue de droit du travail* 2012 p. 364

SARGEANT MALCOLM, "Age Discrimination and Diversity, Multiple Discrimination from an Age Perspective", Cambridge University Press 2011

SAVATIER JEAN, « La reprise du travail sans visite de reprise par le médecin du travail », Droit social n 5 mai 2006, p 514.

SAVATIER JEAN, « Aptitude et inaptitude au travail », Droit social mai 2009. p257.

SAVATIER JEAN « État de santé et travail : jurisprudence récente », Dr. soc. 2006, n° 12 Décembre, p. 1117.

SENN AMARTYRA "Inequality Reexamined", Oxford University Press 1992.

SCHMITT MÉLANIE, « De la portée limitée de l'interdiction des discriminations liées a l'âge : une indemnité de licenciement peut être plafonnée selon un critère d'âge », le Droit ouvrier avril 2011 n 753, p 219.

SCHMITT MÉLANIE, « La discrimination par association, une nouvelle forme de discrimination prohibée par le droit communautaire », Revue de Droit du Travail, janvier 2009, p. 41.

SCHMITT MÉLANIE, Revue de droit du travail 2009 p. 385

SCHMITT MÉLANIE, « Une nouvelle approche du principe d'égalité professionnelle : les actions positives selon la CJCE », Droit Ouvrier Février 2001, p 56.

SERVERIN EVELIN, « Trois définitions pour introduire une réflexion sur la réparation intégrales », le Droit ouvrier avril 2011, n° 753, p226.

SERVERIN E. « L'application des sanctions pénales en droit du travail : un traitement judiciaire marginal, Dr Social. 1994, n 7/8, p.654

SHEENAN P., BOISVERT J.-M, PEPIN M, FOUGEYROLLAS P., « Les attitudes envers les personnes ayant une incapacité physique », Revue internationale de psychologie sociale, n° 2, 1995.

SHIEK DAGMAR, WADDIGTON LISA, BELL MARK), (eds), Cases Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Oxford and Portland Hart publishing 2007

SCHIEK DAGMAR AND CHEGE VICTORIA « European Union Non-Discrimination Law, Comparative perspectives on multidimensional equality law », Routledge- Cavendish 2009.

SCHIEK DAGMAR and LAWSON ANNA, "European Union Non- Discrimination Law and Intersectionality, Investing the Triagle of Racial, Gender and Disability Discrimination, Ashgate Publishing Limited 2011.

SIMONNEAU MARYLINE, COUVRET JEANNINE, « L'entreprise et les handicapés », *Liaisons Sociales* octobre 2001.

SIMONNEAU MARYLINE, FRICOTTE LISIANE « Maladie, Contrat de travail-indemnisation », *Liaisons Sociales*, numéros juridiques, septembre 2006.

SKRENTNY JOHN D., «L'affirmative action » américaine en déclin [archive], *Le Monde diplomatique*, mai 2007

SOLANKE IYOLA, Multiple Discrimination in Britain: Immutability and its Alternative, Paper delivered to the ERA, 13-14 September 2010

SONNET MARTINE, «Dynamiques professionnelles dans le champ de la sante», *Revue Française des affaires sociales*, janvier –mars 2005, p.9

SOUSSE MARCEL, « Le principe de non discrimination : les rapports entre le système européenne de protection et le système français », *ADJA* 1999 p.985.

STRUILLOU YVES, « Conditions d'appréciation et de contestation de l'inaptitude du salarié pendant la période d'essai, Conseil d'État 17 juin 2009, *Credit Lyonnais*», *Droit Social* n 9/10 Septembre –Octobre 2009, page 941.

SUPIOT A. « Critique du droit du travail », PUF, 1994, p.197.

SUTTER CLAIRE, « L'égalité professionnelle dans les droits nouveaux », *Droit Social*. Décembre 1983, p 684.

SWEENEY MORGAN, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination » *Revue de droit du travail* 2012 p. 87

TEYSSIE BERNARD, CESARO JEAN-FRANÇOIS, MARTINON ARNAUD, « Du CHSCT a la commission sante et sécurité du comite d'entreprise », *La Semaine juridique*, édition sociale n 25, 25 juin 2011, 1291.

THARAUD DELPHINE, «Les différences de traitement entre hommes et femmes en matière de retraite : la Cour européenne des droits de l'homme face au concept d'affirmative action» Note sous CEDH, 13 février 2011, *Andrle c/ République tchèque*, *Revue de droit sanitaire et social* 2011 P.1037.

THIERRY JEAN-BAPTISTE, « Libertés et pouvoirs, commentaire du rapport 2008 de la Halde », *Revue de Droit du travail* décembre 2009, p 720.

TOURREIL JEAN-EMMANUEL « Harcèlement moral : La lettre de licenciement du harceleur peut permettre de présumer l'existence d'un harcèlement (Cass. Soc. 29

septembre 2011, pourvoi n 10-12.722, arrêt n 1905 FS-P+B)», Jurisprudence Sociale Lamy 30 novembre 2011 n 310-4, page 15.

UCCELLAR PAOLA « Multiple discrimination: How Law can Reflect Reality », The Equal Rights Review, Vol. One (2008).

VALTIKOS NICOLAS, « Droit International du Travail », Dalloz 1983.

VERICEL MARC, « Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : les propositions du rapport Grésy », Revue de droit du travail, Octobre 2009, page 594.

VERICEL MARC, « Les projets du gouvernement en matière d'égalité femmes-hommes et en matière de sante et sécurité au travail », Revue de Droit du Travail mars 2010, p. 175.

VERICEL MARC, « Maladie du salarié : comment s'opère le décompte de la durée du travail pour les périodes d'absence ? », Soc. 9 janvier 2007, pourvoi n° 05-43.962, publié au Bulletin. Revue de droit du travail 2007 p 182.

VERICEL MARC, « Modulation du temps de travail : calcul des heures supplémentaires en cas d'absence du salarié, Soc. 13 juillet 2010, n° 08-44.550, à paraître au *Bulletin* ». Revue de droit du travail 2011 p 48.

VERICEL MARC, « La loi n°2011-867 du 20 juillet 2011 relative a l'organisation de la médecine du travail. Renforcement de la protection des salaires ou renforcement de l'autorité patronale sur les services de santé au travail ? », Revue de droit du travail décembre 2011, p. 682.

VERICEL MARC, « Salariés au forfait annuel en jours : incidence des absences pour maladie », Revue de droit du travail 2012 p. 106

VERKIND PIERRE-YVES, « Un avenir pour la santé au travail sans « aptitude périodique » est possible » La semaine juridique-édition sociale n 48, 29 novembre 2011, page 10.

VERKIND PIERRE-YVES, « La santé au travail », Semaine sociale Lamy, numéro spécial 17 octobre 2005.

VERKINDT PIERRE-YVES, « Le licenciement pour inaptitude médicale » Droit social septembre- octobre 2008 p 941.

VERKIND PIERRE-YVES, « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », Droit Social n 11 Novembre 2008, page 1051.

VERKINDT PIERRE-YVES, « Réformer le droit d'incapacité ? », Revue de droit du travail, Juillet/Aout 2011, p.413.

VERKINDT PIERRE-YVES, « Conditions du licenciement d'un salarié malade », La semaine juridique, édition sociale n 24, 1 juin 2011, p 39.

VIGNEAU CHRISTOPHE « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat du travail » Droit social juillet/août 2004, p 713

VOLERY INGRID, « Sens et usages de la difficulté physique dans le secteur de l'insertion professionnelle », Revue française des Affaires sociales, 2009

WANDA MASTOR, « Vers la fin des discriminations positives aux Etats- Unis ? *Cour suprême américaine, 29 juin 2009, Ricci v. De Stefano [557 US_(2009)]* », Constitutions 2010 p. 258

WARNIER N. « Les discriminations directes et indirectes dans le domaine de l'égalité homme-femme et de l'égalité nationaux –non nationaux », Revue de droit international et de droit comparé, p. 225

WAQUET PHILIPPE, « Retour sur l'arrêt *Ponsolle* », Revue de Droit du Travail 2008, p. 22

WAQUET PHILIPPE « Le principe d'égalité en droit du travail » Droit social 2003. p.276

WILLMANN CHRISTOPHE, « Définir la « race » et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », n° 9/10 septembre –octobre 2007, p 936.

WITTENBURG DAVID, RANGARAJANANU, HONEYCUTT TODD, « Le système d'aide et les politiques de l'emploi en faveur des personnes handicapées aux Etats – Unis », Revue française des Affaires sociales, n° 4 octobre-décembre 2008, 62^e année, p.11.

WITZIG AURÉLIEN, JORNOD RODHLANN, « Répression pénale de la discrimination au travail : une perspective franco-suisse », La Semaine Juridique-édition sociale n° 24, 12 juin 2012.

YVES STRUILLLOU, « L'indépendance des membres des tribunaux administratifs ne s'oppose pas à leur évaluation comme fonctionnaires », AJFP 2006 p. 190

ZAFFRAN JOËL, « Des principes politiques d'insertion professionnelle des personnes handicapées au contexte de l'action », Revue française des Affaires sociales, n°2 avril-juin 2005.

ZOLLER ELISABETH, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 33 (Dossier: États-Unis) - octobre 2011

Ouvrages et études

BORRILLO DANIEL «Lutter contre les discriminations», Paris 2003

BOUILLOUX ALAIN « Egalite des rémunérations », mars 2011.

CLUZEL MÉTAYER LUCIE ET MERCAT BRUNS, «Discriminations dans l'emploi » Paris 2011.

Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, «Lutte contre la discrimination multiple :pratiques, politiques et lois », Manuscrit terminé en septembre 2007.

COTE J., « La notion de handicap : l'histoire d'un prodigieux contresens », *Synergie*, vol. 3, 1991

DANTI-JUAN MICHEL, « Discriminations », septembre 2009 (dernière mise à jour : juin 2011)

DHOQUOIS R, *Appartenance et exclusion*, Paris, L'Harmattan, 1991, p. 16.

Dossier/ Étude « L'entreprise et les handicapés, protection sociale » page70. Et « Création d'une entreprise ou d'une activité libérale par un handicapé » page 81, Octobre 2001 Liaisons Sociales.

DUPUY PIERRE SAFAR ANNE MARIE « Carrière et discriminations dans l'entreprise », Lamy Axe droit 2011.

EVALDEMUTABAZI, PHILIPPE PIERRE, « Les discriminations », 2010

Étude DARES, 8 novembre 2011 « Travailleurs handicapés, l'illusion de la progression du taux d'emploi des personnes handicapées. » Semaine Sociale Lamy 21 novembre 2011, n 1514, page 2.

European Commission, Tackling Multiple Discrimination: practices, policies and laws, 2007, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination Equality and Diversity Forum, Multi-dimensional discrimination : Justice for the whole person, [websitewww.edf.org.uk](http://www.edf.org.uk)

FOUGEYROLLAS P., « Le processus de production des handicaps : analyse de la consultation et nouvelles propositions complètes », *Réseau international CIDIH*, vol. 4, no 1-2, juin 1991

HELLY DENISE, « Lutte contre les discriminations au Canada : le secteur privé, la faille du multiculturalisme ».

LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE, « Discrimination », janvier 2010 (dernière mise à jour septembre 2011), Rép. trav. Dalloz, 2010

LARDY-PÉLISSIER BERNADETTE, PÉLISSIER JEAN, MARCELIS, ROSET AGNÈS, THOLY LYSIANE, « Le Nouveau Code du Travail Annoté », 32^e édition 2012.

LATTES JEAN-MICHEL, «Travailleurs handicapés », décembre 2002 (dernière mise à jour : décembre 2010)

LAWSON ANNA, WADDINGTON LISA « Handicap et droit européen contre la discrimination », Une analyse du droit européen contre la discrimination, 2010.

LIAISONS SOCIALES, Restrictions au pouvoir de licencier, Motifs non disciplinaires, numéros juridiques juin 2012

LOKIEC PASCAL, « Droit du travail, tome I, Les relations individuelles de travail », Thémis droit, puf 2011.

MAZEAUD ANTOINE, « Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle», mars 1997 (dernière mise à jour : décembre 2010)

MINÉ MICHEL, MARCHAND DANIEL, « Le droit du travail en pratique », 22^e édition, 2010, Éditions d'organisation.

Rapports des États. Washington. D.C., Juillet 25 - Août 1, 2010

NOËL L., L'intolérance. Une problématique générale, Montréal, Éditions du Boréal, 1989, 308 p

Organisation mondiale de la santé (OMS), *Classification internationale des handicaps : déficiences, incapacités et désavantages*, Paris, CTNERHI - INSERM, 1988, 203 p

PÉLISSIER JEAN, LYON-CAEN ANTOINE, JEAMMAUD ANTOINE, DOCKES EMMANUEL, « Les grands arrêts du droit du travail », 4^e édition, Dalloz.

RADE CHRISTOPHE, « Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise, Tous égaux tous différents », éditions Liaisons 2011, collection droit vivant.

SAVATIER JEAN, «Médecine du travail (Services de santé au travail) », août 2004 (dernière mise à jour : septembre 2011)

STIKER H.J., « Handicap et Exclusion. La construction sociale du handicap », dans S. Paugam (dir.), *L'exclusion : l'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 1996, p.583

TEYSSIE BERNARD, « Code du Travail », Lexis Nexis 2013.

WAQUET PHILIPPE, « 13 paradoxes en droit du travail », Lamy Axe droit, 2012.

WEST J., « Introduction - implementing the act : Where we begin » in : F. West (dir.), *The Americans with disabilities : From Policy to Practice*, *The Milbank Quarterly*, vol. 69, suppléments 1/2, 1991.

Jurisprudence communautaire

Cour de Justice de Communauté Européenne 12 mai 1998, *M^{me} Martinez Sala*, aff.C-85/96, *Rec. CJCE*, p. I-2691 ; *AJDA* 1998. 801, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL ET G. DE BERGUES; *ibid.* 2000. 307, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL ET G. DE BERGUES; *D.* 1998. IR 165.

Cour de Justice de Communauté Européenne 13 avr. 2000, *Karlsson*, aff.C-292/97.

Cour de Justice de Communauté Européenne 13 nov. 1984, *Racke*, aff. 283/83, *Rec. CJCE*, p. 3791 ; *CJCE* 17 avr. 1997, *EARL*, aff. C-15/95, *Rec. CJCE*, p. I-1961 ;

Cour de Justice de Communauté Européenne 19 oct. 1977, *Rückdeschel*, aff. 117/76, *Rec. CJCE*, p. 1753

Cour de Justice de Communauté Européenne 4 juin 2009, aff. C-22/08 et C-23/8, *Vatsouras et Koupatantze*.

Cour de Justice de Communauté Européenne 6 juin 2000, *Angonesse v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*.

Cour de Justice de Communauté Européenne, 12 février 1974, *Sotgiu*.

Cour de Justice de Communauté Européenne, 22 juin 1972, *Frilli*.

CJUE, affaire David Parris C- 443/2015

CJCE, affaire C-152/11, *Johann Odar contre Baxter Deutschland GmbH*.

Jurisprudence en France

Cass.soc 25 janvier 2011, n 09-42.766, Cass.soc. 15 novembre 2011, n 10-10.687(n 2391 FS-P+B+R) « Harcèlement moral office du juge », *Recueil Dalloz*, 1^{er} décembre 2011 n 42.

Cass.soc 30 mars 2011 n 09-71.542 (n 835 FS-PB), *Placide c/Caisse fédérale du crédit mutuel des Antilles et de la Guyane*. « maladie-accident-maternité -inaptitude physique », *RJS* 6/11 n 517, page 473.

Cass.soc. 16 juillet 1998, arrêt n° 97-43.484, « Rupture du contrat de travail en raison des perturbations du bon fonctionnement de l'entreprise provoquée par les absences répétées d'un salarié », *Recueil Dalloz* 1998 p.200.

Cass.soc. 22 juin 2011 n 10-14.316 n 1518 F-D, Bouyer c/Pernaud, « demande de réintégration ».

Cass.soc. 22 juin 2011 n 10-30.415 (N 1390 F-D), Nguyen c/Sté Polyclinique de Grande Synthe, « maladie -accident -maternité –inaptitude physique-désaccord-saisine de l’inspecteur du travail », RJS 10/11 N 774 a 776, page 693.

Cass.soc. 22 juin 2011, pourvoi n 09-42.151, arrêt n 1502 F-D, « Licenciement pour inaptitude d’un salarié handicapé et préavis », Jurisprudence Sociale Lamy 27 septembre 2011 n 306.

Cass.soc. 22 juin 2011, n 09-72.767 (n 1507 F-D) Albert c/Sté Laboratoires Innothera. « maladie-accident-maternité-inaptitude physique » RJS 10/11 N 777, page 694.

Cass.soc. 23 mars 2011, n° 09-42.666, D. 2011. AJ 1021, obs.

Cass.soc. 25 mai 2011 « L’extension aux CDD de l’obligation patronale de payer les salaires du travailleur déclaré inapte : l’audace rétrospective de la cour de cassation », Petites affiches -4 novembre 2011, n 220.

Cass.soc. 28 janvier 2010 n 08-44.486 (n 239 FS-P+B) Discrimination en raison de l’état de santé : retard de carrière. Recueil Dalloz 2010 p 385.

Cass.soc. 29 juin 2011 n 09-70.902 (n 1732 FS_PB), Association Fédération unie des auberges de jeunesse c/Strelezki. « Le harcèlement moral », RJS 10/11 n 750, page 680.

Cass.soc. 29 octobre 1996, Dr. soc. 1996. 1013, LYON-CAEN A..

Cass.soc. 30 mars 2011 n 09-71.542 (n 835 FS-P+B), discrimination en raison de l’état de sante ; changement d’affectation.

Cass.soc. 5 Juliet.2005, *Bull. civ.* V, n° 231.

Cass.soc. 10 novembre 2009, Plault contre Hutchinson, pourvoi n 08-42.674, Le Droit Ouvrier mai 2010 n 742, p 265.

Cass.soc. 22 sept 2011, pourvoi n 10-15.595, arrêt n 1749 F-D « Licenciement en cas de refus de reclassement à la suite d’une inaptitude médicale : indemnité légale ou indemnité conventionnelle ? » Jurisprudence Sociale Lamy -30 novembre 2011-n 310, page 310.

Conseil constitutionnel Décision du 18 décembre 2003 n 2003-487,

Conseil d’État 13 juill. 1972, Conseil national de l’ordre des médecins, Lebon 479.

Conseil d’État, ass., 28 mars 1997, *S^{té} Baxter et autres, Lebon; RFDA* 1997

Conseil d’État 14 nov. 2008, *Fédération des syndicats généraux de l’Éducation nationale*, n° 311312, *Lebon* ; *AJDA* 2009. 380, concl. R. KELLER ; *ibid.* 2008. 2205; *AJFP* 2009. 76 ; *RDSS* 2009. 195, obs. A. BOUJEKA

Conseil d'État 27 juin 2011 n 334834, 4 et 5 s-s, ministre du Travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville c/Sté SEMG Veillé, « maladie - accident - maternité - inaptitude physique-désaccord-saisine de l'inspecteur du travail », RJS 10/11 N 774 a 776, page 692.

Index

Les numéros renvoient aux pages de la thèse.

A

Absence

8,10,12,17,41,56,67,70,76,83,88,92,100,108,109,113,121,174,179,202,204,205,209,213-218,220,224,225,231,234,235,237,238,240,242,250,255,276,295,301,305,306,317,333,342,355,356,359,369,380,382,389,390,401,412,416,428,429,432,451,460,462,467,473,477,482.

Accident 73,98,101,103,114,124,128,138,202,205,209,211,212,223,225-227,231,241,245,252,265,457,481-483.

Actions positives 4,9,57,87,88,139,140,143,145-147,153,155,156,182,187,317,335,451,475,476.

Age 17-19,24,46,50,55,57,61,63,64,67,71,75,81,82,95,101,121,129,139,155,161,175,184,186,188,189,190,197,207,258,259,265,266,267-270,272,275,276,279,283,285,286,288,289,291,293,295,296,297,299,300-304,307,316-320,322,325,332,336,337,338,343,347-351,354,355,357,361,363,365,370,376,377,385,388,391,394,396,397,401,402,404,415,423,425,432,436,440,444,450,453,458,466,468,471,475.

Aménagements raisonnables 4,8,9,13,16,87,92,108,127,129,130,155-163,167-169,172-176,179-182,187,198,242,243,256,257,421,422,425,426,445,451,454.

Approche jointe 12,397.

Association

8,9,26,29,34,38,54,64,83,111,134,137,167,179-181,274-
276,304,363,364,394,401,425,432,465,475,482.

C

Capacités fonctionnelles 200

Caractère prolongé 200

Cause réelle et sérieuse 209,214,215,217,220,227,231,238-242.

Charge disproportionnée 9,16,83,92,157,159,160,162,165-168,170,172-
179,201,243-245,285,421,422,454.

Charte européenne des droits fondamentaux 20.

Classification 8, 9,18,55,57,100,131-136,146,279,416,480.

Common law 56,287.

Comparaison 12,25,26,31,42,46,59,96,150,183,282,283,317, 341,345,371-
373,383,384,386, 388-393,395,396,400,406,411,421,427,428,431-435,446,454,455.

Comparateur approprié 12,385,387,435,454.

Comparateur hypothétique 42,384,385,389,399,432.

Comparateur réel 12,42,383,384.

Compensation 9,96,132,144,150,153,155,178,171,194,196,314,316,319,460.

Construction sociale 4,8,11,90,95,98,99,259,260,451,481.

Contexte

5,13,28,37,51,76,80,90,98,101,109,112,122,126,135,136,148,150,163,168,181,183,19
9,208,115,216,244,248,253,262,265,270,278,282,288,293,359,380,354,404,408,413,4
16-421,423-426,434,438-442,445,449,452-455,479.

Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.

9,11,31,69,93,94,108,113,128,158-161,203,241-245,289,292,293,458.

D

Déclaration universelle des droits de l'homme 20,35,68.

Définition

8,9,16,17,20,26,28,36,42,45,49,50,53,58,69,78,80,83,90,95,96,97,98,100,101,
105,106,108-111,115-118,
121-130,135,139,144,146,149,158,164,167,168,172,174,180,182,183,185,199,200,
203,219,221,228,245,248,249,205,251,262,263,287,

294,317,318,329,335,341,342,351,353,355-359,364,367,372,377,385,
407,412,418,,428,430,431,434,443,447,454,459,473,475.

Développement économique 82,185.

Dignité 7,12,14,32,34-36,39,49,50,51,61,68,69,
92,107,252,253,255,256,278,282,288,
319,391,402,403,407,433-435,440,441,445,459,474.

Disciplinaire 132,137,210,239,465,480.

Discrimination additive 11,264,267,287,427,446,447.

Discrimination composée 11,264,267,312,320,348.

Discrimination directe 7,41-43,45,46,79,83,106,112,127,129,
130,160,163,269,273,286,312,318,328,341,343,
372,377,382,385,389,409,432,433,436,443,472.

Discrimination indirecte 7,11,43,45-
47,52,78,79,84,126,158,160,183,184,213,264,268,269,273,285,286,302,303,312,318,
330,333,334,342,344,368,372,377,386,395,423,424,469,471.

Discrimination intersectionnelle 11,264,265-
267,269,276,277,282,288,303,304,305,320,322,346,351,355,361,363,371,372,397,40
1,403,406,419,425,426,428,429,432,435,439,447,454.

Discrimination multiple 1,4,5-7,11-13,15,16,53,62,70,198,258,259,261-
269,271,272,274,275,277-282,284-301,303-318,320-327,329,330,332-367,370-
373,382,383,388,393-400,402-408,412,414,415,421,426-431,436-439,441,443-
456,464,470,479

Discrimination positive 7.9.17.51.52,55,84,102,138-140,
142-144,155,156,457,459,469,

Discrimination systémique 7,52,64.

Diversité 4,7,10,20,23,30,33,36,38,39,40,51,60,61,98,136,145,153,194-197,
246,253,271,278,396,406,420,424,443,448,450,451,456,457,459,463.

Durable 99,107,109,113,117,118,127,136,201,203,231,409.

E

Egalité de traitement 9,19,20,21,,23,24,26,27,28,29,34,41,45,51,65,71,74-78,82-
84,93,108-110,112,114,116-118,121,124,129,130,143,144,156-159,162-164,168,172-

175,177,178,180,183,200,243,260,266,272,275,293-
297,300,301,304,306,307,311,313-316,320,321,335-340,342,343,352,357,
358,362,363,377,378-381,384,388-390,398,408,
410,415,421,422,429,432,434,438,442,444,
445,448-450,453,458,465,466,468,471,473.

Egalité des chances 7,27,32,33,44,51,55,65,66,89,90,91,93,110,123,130,140-142,
144,146,156,160,167,169,177,178,197,200,254,264,265,275-277,284,
296-299,304,305,316,
321,323,324,335,337,357,365,369,370,381,394,405,414,416,420,426,428,
429,448,449,479.

Egalité formelle 7,29,31-34,36,37,40,41,48,62,111,144,156,269,441.

Egalité substantielle 36,37,40,60,139,157,158.

Entourage 12,146,407,416,429.

Exceptions 12,13,51,76,121,249,396,397,427,436,437,443.

F

Fonctionnement de l'entreprise 11,209,214-216,246,247,249,250,256,482.

Fortune 70,203,263,293,352.

G

Génétiques 11,18,99,250-255,293,343,363,444.

H

Handicap 1,4,5,8,9-12,15-19,23,24,31,32,37-39,50,55,58,60,69,
70,71,80,82-84,86-184,187-207,211,212,216,217,224,234,238,241-246,248,
250-252,256,258,259,261,266,268,269,270,272,276,277,279,280,
281,285,288,289,291,292,293,295-297,299-303,307,315-317,320
,321,325,328,332,333,
336,337,338,343,346,347,349,357,361-363,365,366,370,
384,385,387,388,396,397,400,404,406,407,408-415,421-423,425,440,444,
451,452-455,458,459-470,472,474,478-482.

Harcèlement 7,14,21,30,36,46,47-50,82,83,212,218,

261,273,281,301,314,319,354,362,363,384-386,391,
433,457,463,465,467-470,473,474,477,481,482.

Harcèlement sexuel 7,30,36,43,47-50,83,261,
273,281,314,354,363,386,391,433,473,474.

Hétérogénéité 10,195,197.

I

Imputabilité 208-210.

Inapte 10,119,203,212,221-232,234,235,237,238,240-
242,245,256,387,426,452,454,462,466,482.

Incapacité 69,86,96,97,99,100, 101,
102,104,107,108,110,113,121,127,131,132,135,136,181,202,268,332,409,411,441,47
5,480.

Incapacité permanente 127,146.

Indemnité 73,111,208-211,237,239-
241,249,268,269,302,303,312,331,350,446,447,457,458,475,482.

Individuelle

4,5,12,13,15,16,34,38,56,58,73,83,86,90,92,96,97,100,107,135,138,164,193,198,230,
246,252,255,256,270,280,296,305,367,371,374,403,407-
413,415,416,418,421,425,426,429,439,451-453,455,457,480.

Infirmité 95,123,124,125,127,134,195.

Insertion 41,91,96,99,104,105,131,135-139,143,145,147,148,151-
153,155,187,195,196,405,425,469,472,474,478,479.

Inspecteur du travail 232-234,236,237,460,463,467,482,483.

Intégration

22,32,54,55,59,64,71,82,97,104,105,107,123,130,134,139,140,142,143,145,148-
151,155,177,187,194,196,214,218,228,233,239,247,292,295,300,335,336,447,448,45
5,474,482.

Intersectionnalité 11,268,269,270,275-277,281,291.

J

Justice sociale 19,23,66,93,139,151,460,463.

L

Langage politique 24.

Libéralisme classique 23.

Libéralisme social 23.

Liberté contractuelle 22,25.

Liberté du travail 22.

Liberté d'entreprendre 22.

Licenciement 4,15,18,49,87,113,116,153,198,204,205,206,208,209,210,211,213-
224,226,227,230-233,235-
242,246,247,249,250,269,273,302,312,319,330,362,376,377,390,392,447,451,458,45
9,461,463-483.

Longue durée 110,114,115,118,122,123,199,200,201,206,408,409,

M

Mainstreaming 140,141,152,195.

Maladie 4,10,15,43,73,87,109,110,113-115,120,122,124,128,133-
135,138,139,153,172,178,181,198-202,205-214,216-218,220,221,223,225-
227,231,240-242,246-248,250-254,256,387,408,451,452,457,460-
462,464,465,476,477,480-483.

Maladie professionnelle 73,211,231,253.

Maladie prolongée 208,209,212,214,221.

Marché du travail

40,41,51,76,88,89,91,116,126,142,154,187,188,207,266,267,317,322,354,357,414.

Mental 9,27,28,31,48,60,61,64,66,69,70,73,74,79,81,84,91,96,98,99,100,101,105-

108,110,113-115,117,118,121-124,128-

136,138,149,157,158,160,166,181,182,196,198,199,201,207,214,221,243,244,248,25

2,255,268,282,289,298,320,323,326,327,333,343,347,353,364,372,391,393,409,422,4

37,462,470,472.

Mesures appropriées 39,83,141,156,160-162,173,174,243,244,421,422.

Mesures positives 7,21,33,51,52,55,139,142,324,332,427.

Mesures proactives 13,71,447,448,455,466.

Minorité nationale 70,71,203,293.

Modèle médical 4,90,98,99,110,111,195,200,293,451.

Modèle social 85,98,106,110,111,163,200,207,293.

Multidimensionnelle

12,13,16,37,53,266,270,271,283,287,289,294,311,407,413,415,438,444,451,453.

N

Normalité 96,130,195.

Nullité 214,239,244,467.

O

Obésité 8,116-118,409.

Origine nationale 47,55,61,70,203,207,263,307,328,416,425.

P

Pauvreté 12,14,149,195,404,405,406.

Permanente 127,133,146,193,201,305,335,336.

Perturbations 11,214,215,216,218,219,220,246,282.

Pouvoir de direction 210,215,230,256,472.

Préavis 113,153,202,211,220,239,240,241,447,482.

Préjudice

34,38,47,48,79,81,82,218,239,242,243,249,265,288,313,317,357,382,436,442,445-447,455,467,474.

Prevue 12.13.16.17.18,25,26,42,43,46,49,62,78,79,87,88,96,125,139,145-

147,156,183,185,192,218,225,237,254,264,281,282,286,302,307-

309,311,317,323,336,337,342,346,348,350,354,359,361,371,373-

380,382,383,387,391-

393,395,396,398,399,401,420,427,428,431,433,435,436,454,458,462,463,472,426.

Prolongation 209,215.

Psychique

9,96,97,104,110,113,114,115,117,118,122,123,128,129,133,135,136,138,181,198,199,201,474.

Q

Quota 9,33,55,84,140,144-148,150,156,157.

R

Reclassement 10,18,96,132,151,212,216,222-

242,244,256,257,392,426,454,462,464-466,468,473,482.

Réintégration 139,148,151,214,218,228,233,239,247,447,445,474,482.

Religion

23.24.47.50.55,61,63,65,70,71,81,82,96,103,184,203,206,258,263,268,272,280,283,285,288,291,293-

297,299,300,304,307,312,316,317,320,321,328,330,331,333,334,338,344,349,352,36

1,362,363,368,385,388,394,404,423,425,433,440,446,448.

Remplacement 10,119,209,214-221,234,458,461,468.

Réparation 58,77,99,113,218,233,239,242,281,

Rupture 24,154,208-210,212,213,215,218,220-222,

226,231,235,238,239,242,244,366,447,464,472,782.

S

Sanction

13,17,18,21,50,56,57,67,121,147,219,230,244,259,261,263,275,314,343,348,355,359,361,373,400,407,331,445-447,455,475.

Santé 1,4,5,8,10,11,14,15,18,19,24,40,71,76,86,87,88,91,92,97,98,-

100,103,108,114-

116,120,124,126,128,131,135,139,142,143,145,155,156,167,168,170,188,198,199,20

3,204,205,207,208,210,,211-217,219,220-225,227-230,232,234,236-

239,241,242,245-248,250-253,255,256,258-

280,289,297,322,323,328,329,336,340,343,346,352,387,,404,408,410,418,444,451,45

2,459,463,465,467,468,469,470,472-475,477,480,482.

Sécurité sociale

8,73,74,77,80,725,126,127,,129,130,145,146,317,318,329,333,335,336.

Séropositif 204,206,214,246,248,249,414,433.

Sexe

17,18,23,24,31,36,38,39,43,46,47,48,54,55,57,61,63,64,65,68,70,71,75,77,78,79-

82,84,87,95,101,141,146,188,189,197,203,205,209,258,259,263-266,267,270,272-

277,279,281,283,285,286,288,290,291,293,296,300-305,308-312,314-317,319,321-

328,330-332,334,336,338,340-355,357,358,360-366,368-372,385,386,388,390-

396,399,401,404,410,413-417,419,423,425,432-434,437,438-

440,442,444,446,448,450,453,465.

SIDA 10,60,71,111,133,175,203,214,215,248,273,308,390,462,465.

Stéréotypes 35,38,52,196,261,266,276,362,420,426,448,449.

Stigmate 418,419.

Suspension 209,237,238,334.

T

Télétravail 182,229,234,235,460.

Tests génétiques 11,250-255.

Tradition

11,37,65,79,85,93,102,133,195,205,271,277,300,310,349,367,370,377,381,394.

U

Unidimensionnelle 16,271,306,414,453.

V

Victime 14,16,21,24,48-

50,53,63,79,82,83,86,90,92,96,112,124,126,155,159,195,204,216,225,226,

231,258,263,266,270,274-276,280,281,284,285,

286,291,295,298,300,302,304,307,313,315,316-318,320,324,326,327,

331,332,348,352,354,357,363,365,366,

369,381-384,386,389,391-395,400-403,412,415,416,424,427,430,431,433,434,436-

438,441,445,448,450,455,456,470,472.

Vie privée 92,121,204,212,248,256,294,396.

Vie professionnelle 39,55,78,110,113-115,117,118,122,123,156,

187,198,199,201,203,206,309,408,409,410,453.

Voile islamique 294,303,330,362,437,446.